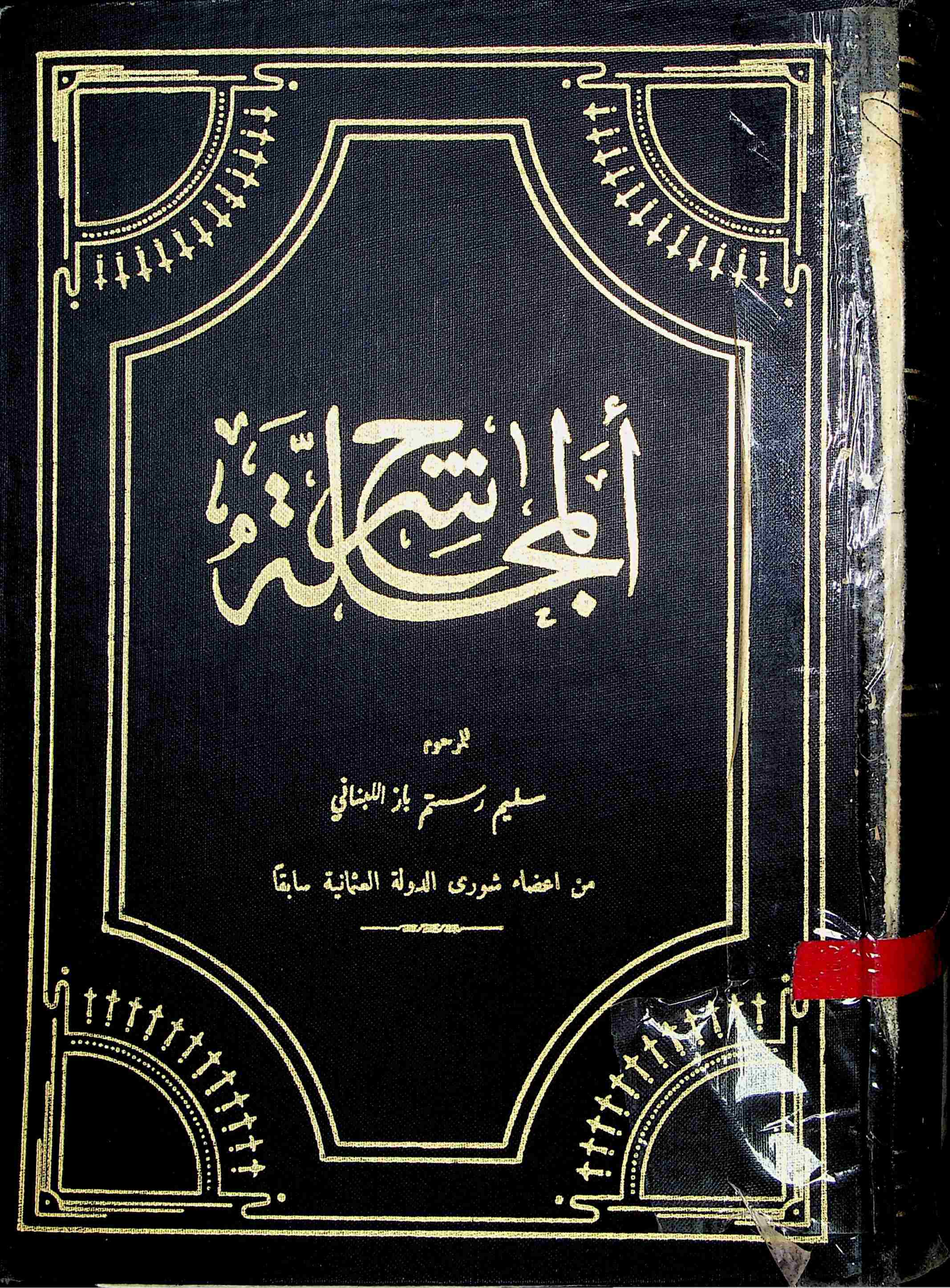


شرح المجلة
للمرحوم
سليم رستم باز اللبناني
من اعضاء شورى الدولة العثمانية سابقاً

المجلة

للمرحوم

سليم رستم باز اللبناني

من اعضاء شورى الدولة العثمانية سابقاً

طبع باجازة نظارة المعارف الجليلة في الاستانة العلية
تاريخ الاجازة في ٢٥ اوغستوس سنة ١٣٠٤ و٣٠ ذي الحجة سنة ١٣٠٥ عدد ٥٤٠

طبعة ثالثة مصححة ومزيدة

بيروت المطبعة الادبية سنة ١٩٢٣

فِي ذِمَّةِ اللهِ والتاريخِ مَنْ جزِعَتْ ... لِيَومِهِ الشِرعَةُ السَمحاءُ والأَدَبُ

إن تفتخِرْ بهُدى أقطابِها أُمَمٌ ... فإنَّما افتخرَتْ في بازِها العَرَبُ

كلمة لورثة الشارح

لقد علمَ القوم ما صادفه شرح مجلة الاحكام العدلية الذي ألَّف شتاته المرحوم والدنا سليم باز تغمده الله برضوانه من الاعجاب به والانصراف اليه والتهافت على طلبه من كل صقع والقيام على دراسته في كل حلقة فقه ولم يكن بدع في مصادفته هذا الهوى في النفوس وقد صرف مؤلفه اثمن ايامه في صوغه واحكامه وغاص على اغلى ما في زواخر هذا الفن من الجواهر ورقي الى ابدع ما في فلكه من الزواهر حتى جاء سفراً تتلألأ فيه النصوص على موارد اسنادها وتجلى بينها لمحة بيان يعز شطرها على روادها فقربت بهِ الشقة على الطلاب واستغنوا به عما يحتاجون في تصفحه الى احقاب وطارت شهرته الى كل افق اظلّ متفقهين وعمرت به المكاتب واندية القضاة والمتقاضين ولما فكرت الدولة العثمانية باعادة النظر في المجلة واحكامها وتوسيع نطاقها انتخبت الفقيد العزيز وقد كان عضواً في مجلس شورى الدولة في الاستانة للقيام بهذا الشأن مع نخبة من فقهآء اعلام فكانت لرأيه ونظرياته المكانة المقدورة والقيمة الثمينة

ولما كثر طلاب هذا الشرح ونفد ما هو مطبوع منه ارتأى المؤلف اعادة طبعه استمراراً لخدمة ابناء الوطن في ما لا يستغنون عنه ولكن

حال القضآء دون خدمة القضآء وبقيت هذهِ الامنية امانة تحتم علينا انجازها ووقفت في السبيل موانع تعذر علينا اجتيازها حتى وفق الله فصحت العزيمة على العمل وتحقيق هذا الامل وهوذا نحن نزف هذا السفر الى عشاقه تحت كل كوكب عملاً بارادة المؤلف وتجديداً لعهد خدمته واستدراراً للرحمة على روحه واستنزالاً لشآبيب الرضوان على ضريحهِ والله وليُّ التوفيق

تنبيه الشارح

نفدت الطبعة الاولى والثانية من شرح المجلة فكان نفادهما اكبر شاهد على فائدته ورواجه في سوق العلم والادب فنشطت الى اعادة طبعه بعد ان نقحته وهذبت فيه ما فرط في الطبعة الاولى والثانية وزدت فيه مسائل وفروعاً مهمة اخذتها عن اجلّ كتب المذهب ومما يجدر بالتنبيه عليه اني لما شرحت المجلة اعتمدت فيها على الترجمة التي طبعت في مطبعة الجوائب ولم اعارضها بالاصل التركي لقلة المامي في ذلك الحين باللغة التركية كما اني لم اتعرض وقتئذٍ لتصحيح عبارة الترجمة معما فيها من الرطانة وركاكة التركيب لانه لم يكن لي من الوقت متسع لذلك اما في هذه المرّة فقد هذبت العبارة بقدر الامكان حتى اعطيتها مسحة العربية وعارضت الترجمة بالاصل فهالني ما وجدت فيها من الاغلاط المخلة بالمعنى ومن سقوط بعض عبارات مهمة سهى عنها المترجم فرددت كل شيء الى نصابه بغاية الدقة والضبط كما يرى لدى مقابلة هذه الطبعة بسابقتيها· والحاصل اني لم ادخر وسعاً في تهذيب هذا الكتاب وتنقيحه وجعله من اجدر ما يقنى من الكتب الفقهية وقد تجشمت هذا العناء خدمة للوطن العزيز ومرضاة للقارئ اللبيب

ولما كان هذا الشرح قد لاقى حسن القبول عند المرحوم المغفور له **احمد جودت** باشا ناظر العدلية الاسبق وكان قد تنازل رحمهُ الله فقرظهُ بكلام اغلى من الدرر

اردت ان اثبت تقريظه في صدر هذا الكتاب اقراراً بفضلهِ لعلني بذلك افيهِ حقه من الثناء

لجناب الماجد عزتلو سليم افندي باز رئيس محكمة قضاء البترون المحترم

عزتلو افندم

اخذنا بايدي التكريم كتابكم الكريم المؤرخ في ٢٩ شوال سنة ٣٠٦ فوعينا منه مقدار الهمة التي بذلتموها في شرح المجلة الشريفة والدرة المنيفة ولدى تصفح النسخة البهية التي اهديتموها لنا وجدت حسنة المباني رشيقة المعاني سهلة العبارة واضحة الاشارة حرية بالشكران داعية للامتنان فرجونا لكم دوام التوفيق لخدمة الشرع القويم والنفع العميم والان ايذاناً بوصول طرسكم اللطيف ونسخة من هذا الشرح الشريف حررنا لجنابكم هذه الشقة الحبية افندم في ١٠ ربيع الآخر سنة ٣٠٧

محل الختم

ناظر العدلية والمذاهب

احمد جودت

مقدمة

نحمدك يا من تنزهت عن الاشباه والنظائر ونشكرك اذ انرت بصائرنا بتنوير الابصار والبصائر فمنحتنا من درر البيان زواهر الجواهر واوليتنا من غرر التبيان بدائع التوضيح الزواهر وفتحت لنا باب المنح من مبسوط فيضك المحيط لايضاح الحقائق وكشفت لنا خزائن الاسرار لاستخراج درر البحار من كنز الدقائق وافضت علينا من مجمع انهر الهداية نهراً فائقاً وبسطت لنا من ملتقى ابحر الدراية بحراً رائقاً ونسألك دوام العناية والوقاية في البداية والنهاية ورد المحتار الى نهج الهدى بملتقط الدر المختار بنور سراجك الوهاج السامي المنار اللهمّ انا نحمدك على عميم آلائك ونصلي ونسلم على انبيائك واوليائك وعلى اصحابهم الطاهرين وتابعيهم باحسان الى يوم الدين فاهدنا بشفاعتهم الى الطريق الامين انك قدير وبالاجابة جدير

اما بعد فيقول العبد الفقير الجاني سليم بن رستم باز اللبناني ان علم الفقه اشرف العلوم قدراً واوفرها فائدةً وذخراً اذ بسيف حجته تقطع المنازعات وبسوي محجتهِ تعلم الحقوق والواجبات وبساطع نوره يهتدى الى سبل الحق والرشاد وباتباع قويم سننه تزدان الاعمال بالحكمة والسداد ولهذا قام على تاليف اصوله واستنباط فروع المسائل من صحيح نقوله فحول العلماء الاعلام وجهابذة ملة الاسلام نخص بالذكر منهم صاحب المذهب الامام الاعظم الحائز في هذا العلم المقام الرفيع المعظم المتحلي بحلى الزاهد القانت ابا حنيفة نعمان بن ثابت رضي الله تعالى عنه فهو مدون الفقه وابو عذره واليهِ مرجع عزه وفخره فاخذ عنهُ كرام الاصحاب واستضاء بنور مشكاتهِ الائمة الانجاب فالفوا في الفقه وابدعوا وبالغوا في ايضاح مبانيهِ وتوسعوا واتفقوا على كثير من المبادي فكان اتفاقهم حجة قاطعة واختلفوا في بعض المسائل فكان اختلافهم رحمة واسعة الا ان تآليفهم لم تفِ برغبة الطالب ومنية الراغب فانها بين موجز ومطول وليس فيها من متوسط عليهِ يعول ومع هذا فقد بلغوا في الايجاز حد الالغاز وتجاوزوا في التطويل والاسهاب الى حد

تضل فيه الالباب وفي كلامهم غالباً من الغموض والابهام عقبات يكبو فيها جواد الافهام
ولهذا انيط بنواصي الآمال وضع كتاب مهل المنال يختار فيه صحيح الاقوال فحقق
الله هذه المنية وحبانا هذه البغية اذ وضعت الدولة العلية كتاب المجلة المسمى بالاحكام
العدلية الفتهُ لجنة من العلماء المحققين ونخبة من الفقهآ المدققين فجاء فريداً في بابه باسم
الثغر لطلابه لم تنسج على منواله يد الافكار جمع من درر المعاني ما يزري بدرر البحار
يسمو برقة العبارة على كل ما حررهُ الاوائل غير انهُ لضيق اطاره لم يحوِ الا القليل
من المسائل فبعد ان قرأتهُ مراراً قراءة امعان واتقنت فهم مسائله غاية الاتقان الفيته
لا يستغني عن الشرح والايضاح وتبيان مسائله بنظائرها من جواهر الاقوال الصحاح
فاستمطرت لقريحتي الخامدة غيث الكريم الفتاح وسألته الهداية لنهج النجاة ومراقي
الفلاح وبسطت لهُ شرحاً وافياً اوضحت فيه ما غمض من اسراره ايضاحاً شافياً
وزدت فيه ضوابط مهمة وفروعاً كثيرة فوائدها جمة وعزوت كل فرع الى اصله
وكل شيء الى مأخذه ومحله حتى الحجج والدلائل وتعليلات المسائل واما ما كان من
مبتكرات فكري الفاتر ومواقع نظري القاصر فهو يسير لا يبلغ عدد الانامل ولا
يكاد يتجاوز حركات العوامل ومع ذلك فقد اشرت اليه ونبهت عليه وبينت ما هو
الاقوى وما عليه الفتوى معتمداً في ذلك على ما نقحهُ العلماء الاعلام وعلى ما صححهُ
الائمة العظام من المتقدمين والمتاخرين رحمهم الله تعالى ارحم الراحمين

بسم الله الرحمن الرحيم

صورة التقرير الذي تقدم للمرحوم عالي باشا الصدر الاعظم

فيما يتعلق بالمجلة وذلك في غرة محرم

سنة ١٢٨٦

لا يخفى على حضرة الصدر العالي ان الجهة التي تتعلق بامر الدنيا من علم الفقه كما انها تنقسم الى مناكحات ومعاملات وعقوبة كذلك القوانين السياسية للامم المتمدنة تنقسم الى هذه الاقسام الثلاثة ويسمى قسم المعاملات منها القانون المدني لكنه لما زاد اتساع المعاملات التجارية في هذه الاعصار مست الحاجة الى استثناء كثير من المعاملات كالسفتجة التي يسمونها حوالة (وفي الاصل بوليجة) وكاحكام الافلاس وغيرها من القانون الاصلي المدني ووضع لهذه المستثنيات قانون خاص يسمى قانون التجارة وصار معمولاً به في المسائل التجارية فقط اما سائر المسائل فما زالت احكامها تجري على وفق القانون المدني ومع ذلك فالدعاوى التي ترى في محاكم التجارة اذا ظهر شيء من متفرعاتها لا حكم له في قانون التجارة مثل الرهن والكفالة والوكالة فيرجع فيه الى القانون الاصلي ويعمل بمقتضى أحكامه وكذا دعاوى الحقوق العادية الناشئة عن الجرائم فان العمل بشانها يجرى على هذا المنوال ايضاً .

وقد وضعت الدولة العلية قديماً وحديثاً قوانين كثيرة تقابل القانون المدني وهي وان لم تكن كافية لبيان جميع المعاملات وفصلها الا ان المسائل المتعلقة بقسم المعاملات من علم الفقه هي كافية وافية للاحتياجات الواقعة في هذا الشان واذا وجد بعض مشكلات في تحويل الدعاوى الى الشرع والقانون فان مجالس تمييز الحقوق هي تحت

رئاسة حكام الشرع الشريف فكما ان الدعاوى الشرعية ترى وتفصل عندهم فكذا
المسائل النظامية التي تحال الى تلك المجالس ترى وتفصل بمعرفتهم ايضاً وبذلك تنحل
تلك المشكلات لان اصل القوانين والنظامات الملكية مرجعها علم الفقه وكثير من
المسائل المتفرعة والامور التي ينظر فيها بمقتضى النظام يفصل ويحسم على وفق المسائل
الفقهية والحال ان اعضاء مجالس تمييز الحقوق لا اطلاع لهم على مسائل علم الفقه فاذا
حكمت حكام الشرع الشريف في تلك الفروع بمقتضى الاحكام الشرعية ظن
الاعضاء انهم يفعلون ما يشاؤون خلافاً للانظمة والقوانين الموضوعة واساؤا بهم
الظن فيصير ذلك باعثاً على القيل والقال

ثم ان قانون التجارة الهمايوني هو دستور العمل في محاكم التجارة الموجودة في ممالك
الدولة العلية واما المسائل المتفرعة عن الدعاوى التجارية التي لا حكم لها في قانون
التجارة فيحصل بها مشكلات عظيمة لانه اذا رجع بشأنها الى قوانين اوربا وهي ليست
موضوعة بالارادة السنية فلا تصير مداراً للحكم في محاكم الدولة العلية واذا رجع في
فصلها الى الشريعة الغراء تعين على المحاكم الشرعية ان تستانف المرافعة في تلك
الدعوى وحينئذٍ فالحكم قضية واحدة في محكمتين يختلفان في اصول المحاكمة ينشأ
عنه ضرورة تشعب ومباينة ففي مثل هذه الاحوال لا يمكن محاكم التجارة مراجعة المحاكم
الشرعية واذا قيل لاعضاء محاكم التجارة ان يراجعوا الكتب الفقهية فهذا ايضاً لا
يمكن لان هؤلاء الاعضاء لا يمتازون عن اعضاء مجالس التمييز في الاطلاع على
المسائل الفقهية ولا يخفى ان علم الفقه بحر لا ساحل له واستنباط درر المسائل اللازمة
منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية وعلى الخصوص في مذهب
الحنفية لانه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقة ووقع فيه اختلافات كثيرة
ومع ذلك فلم يحصل فيه تنقيح كما حصل في فقه الشافعية بل لم تزل مسائله شتاتاً
متشعبة فتمييز القول الصحيح من بين تلك المسائل والاقوال المختلفة وتطبيق الحوادث
عليها عسير جداً وما عدا ذلك فانه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها
على العادة والعرف فانه كان عند المتقدمين من الفقهاء اذا اراد واحد شراء داراً يكتفي
برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته وهذا
الاختلاف غير مستند الى دليل بل هو ناشيءٌ عن اختلاف العرف والعادة في امر
الانشاء والبناء وذلك ان العادة قديماً في انشاء الدور وبنائها ان تكون

جميع بيوتها متساوية عَلَى طرز واحد فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغني عن رؤية سائرها واما في هذا العصر فحيث جرت العادة بان الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والقدر لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد وفي الحقيقة فاللازم في هذه المسائل وامثالها حصول علم كافٍ بالمبيع عند المشتري ومن ثمَّ لم يكن الاختلاف الواقع في مثل المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية وانما تغير الحكم فيها بتغير احوال الزمان فقط وتفريق الاختلاف الزماني والاختلاف البرهاني الواقع هنا وتمييزهما يحتاج الى زيادة التدقيق وامعان النظر فلا جرم ان الاحاطة بالمسائل الفقهية وبلوغ النهاية في معرفتها امرٌ صعب جدًّا ولذا انتدب جمع من فقهاء العصر وفضلائه لتأليف كتب مطولة مثل كتاب الفتاوى التاتارخانية والعالمكبرية المشهورة الان بالفتاوى الهندية ومع ذلك لم يستطيعوا حصر جميع الفروع الفقهية والاختلافات المذهبية وفي الواقع ان كتب الفتاوى هي عبارة عن مؤلفات حاوية لصور ما حصل تطبيقه من الحوادث عَلَى القواعد الفقهية وافتت به الفتاوى فيما مرَّ من الزمان ولا شك ان الاحاطة بجميع الفتاوى التي افتى بها علماء السادة الحنفية في العصور الماضية عسر للغاية ولهذا جمع ابن نجيم رحمه الله تعالى كثيرًا من القواعد الفقهية والمسائل الكلية المندرج تحتها فروع الفقه ففتح بذلك باباً يسهل التوصل منه الى الاحاطة بالمسائل ولكن لم يسمح الزمان بعده بعالم فقيه يحذو حذوه حتى يجعل اثره طريقاً واسعاً واما الان فقد ندر وجود المتجرين في العلوم الشرعية في جميع الجهات وفضلاً عن انه لا يمكن تعيين اعضاء في المحاكم النظامية لهم قدرة على مراجعة الكتب الفقهية وقت الحاجة لحل المشكلات فقد صار من الصعب ايضاً وجود قضاة كافين للمحاكم الشرعية الكائنة في الممالك المحروسة

وبناء على ذلك تعلق الامل بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطاً سهل المأخذ عارياً من الاختلافات حاوياً للاقوال المختارة سهل المطالعة على كل واحد لانه اذا وجد كتاب على هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة عامة لكل من نواب الشرع ومن اعضاء المحاكم النظامية ومأموري الادارة فيحصل لهم بمطالعته انتساب الى الشرع ولدى الايجاب تصير لهم ملكة بحسب الوسع يقتدرون بها عَلَى التوفيق ما بين الدعاوى والشرع الشريف فيصير هذا الكتاب معتبراً مرعي الاجراء في المحاكم الشرعية مغنياً عن وضع قانون لدعاوى الحقوق التي ترى في المحاكم

النظامية ومن اجل الحصول على هذا المأمول عقدت سابقاً جمعية علمية في ادارة مجلس التنظيمات وحرر حينئذ كثير من المسائل ولكنها لم تبرز الى حيز الفعل فصدق مضمون قولهم ان الامور مرهونة باوقاتها حتى شاء الله تعالى بروزها في هذا العصر الهمايوني الذي صار مغبوطاً من جميع الاعصار بظهور مثل هذه الآثار الخيرية المهمة ولاجل حصول هذا الامر مع سائر الآثار الحسنة الكثيرة التي هي من التوفيقات الجليلة المشهودة بعين الافتخار للبرية عهد الينا مع ضعفنا وعجزنا في اتمام هذا المشروع الجميل والاثر الخيري السديد لتحصل به الكفاءة في تطبيق المعاملات الجارية على القواعد الفقهية على حسب احتياجات العصر وبموجب الارادة العلية اجتمعنا في دائرة ديوان الاحكام العدلية وبادرنا الى ترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والامور الكثيرة الوقوع اللازمة جداً من قسم المعاملات الفقهية مجموعة من اقوال السادات الحنفية الموثوق بها وقسمت الى كتب متعددة وسميت بالاحكام العدلية وبعد ختام المقدمة والكتاب الاول منها اعطيت نسخة منها لمقام مشيخة الاسلام الجليلة ونسخ اخرى لمن له مهارة ومعرفة كافية في علم الفقه من الذوات الفخام ثم بعد اجراء ما لزم من التهذيب والتعديل فيها بناء على بعض ملاحظات منهم حررت منها نسخة وعرضت على حضرتكم العلية والان حصلت المبادرة الى ترجمة هذه المقدمة والكتاب الى اللغة العربية وما زال الاهتمام مصروفاً الى تأليف باقي الكتب ايضاً فلدى مطالعتكم هذه المجلة يحيط علمكم العالي بان المقالة الثانية من المقدمة هي عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى نعم ليس لحكام الشرع الشريف ان يحكموا بمجرد الاستناد الى واحدة من هذه القواعد ما لم يقفوا على نص صريح الا ان لها فوائد كلية في ضبط المسائل فمن اطلع عليها امكنه ان يضبط المسائل بادلتها وجميع المامورين يرجعون اليها في كل خصوص وبهذه القواعد يمكن للانسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف اقله على وجه التقريب وبناء على ذلك لم نكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب او باب بل ادرجناها في المقدمة والاكثر في الكتب الفقهية ان تذكر المسائل مخلوطة مع المبادي لكن في هذه المجلة جعل في اول كل كتاب مقدمة تشتمل على الاصطلاحات المتعلقة بذلك الكتاب ثم تذكر بعدها المسائل الساذجة على الترتيب ولاجل ايضاح تلك المسائل الاساسية أدرج فيها كثير من المسائل المستخرجة من كتب الفتاوى على سبيل التمثيل

ثم ان المبايعات في زماننا اكثرها مربوط بالشروط والشروط في مذهب الحنفية اكثرها مفسد للبيع اذا وقعت في صلب العقد ومن ثم كان اهم المباحث في كتاب البيوع فصل البيع بالشرط وهذا الامر اقتضى مباحثات ومناظرات كثيرة في جمعية هولاء العاجزين ولذا روي مناسباً ايراد خلاصة المباحثات التي جرت في ذلك على الوجه الآتي فنقول ان اقوال اكثر المجتهدين في حق البيع بالشرط يخالف بعضها بعضاً ففي مذهب المالكية اذا كانت المدة جزئية وفي مذهب الحنابلة على الاطلاق يكون للبائع وحده ان يشترط لنفسه منفعة مخصوصة في المبيع ولكن تخصيص البائع بهذا الامر دون المشتري يرى مخالفاً للرأي والقياس اما ابن ابي ليلى وابن شبرمة ممن عاصروا الامام الاعظم رضي الله عنه وانقرضت اتباعهم فكل منهما رأى في هذا الشان رأياً يخالف رأي الاخر فابن ابي ليلى يرى ان البيع اذا دخله شرط اي شرط كان فقد فسد البيع والشرط كلاهما وعند ابن شبرمة الشرط والبيع جائزان على الاطلاق فمذهب ابن ابي ليلى يرى مبايناً لحديث : المسلمون عند شروطهم : ومذهب ابن شبرمة موافق لهذا الحديث موافقة تامة لكن المتبايعين ربما يشرطان اي شرط كان جائزاً او غير جائز قابل الاجراء او لا ومن الامور المسلمة عند الفقهاء ان رعاية الشرط انما تكون بقدر الامكان فمسالة الرعاية للشرط قاعدة تقبل التخصيص والاستثناء ولذا اتخذ طريق متوسط عند الحنفية فقسموا الشرط الى ثلاثة اقسام شرط جائز وشرط مفسد وشرط لغو بيانه ان الشرط الذي لا يكون من مقتضيات عقد البيع ولا يؤيده وفيه نفع لاحد العاقدين مفسد والبيع المعلق به يكون فاسداً والشرط الذي لا نفع فيه لاحد العاقدين لغو والبيع المعلق به صحيح لان المقصود من البيع والشراء التمليك والتملك اي ان يكون البائع مالكاً للثمن والمشتري مالكاً للمبيع بلا مزاحم ولا ممانع والبيع المعلق به نفع لاحد العاقدين يؤدي الى المنازعة لان المشروط له النفع يطلب حصوله والاخر يريد الفرار منه فكأن البيع لم يتم لكن لما كان العرف والعادة قاطعين للمنازعة جوز البيع مع الشرط المتعارف على الاطلاق اما المعاملات التجارية فهي من اصلها في حال مستثنى كما تقدم واكثر ذوي الحرف والصنائع قد تعارفوا معاملة خاصة تقررت بينهم والعرف الطارئ معتبر فلا يبقى ما يوجب البحث الا بعض شروط خارجة عن العرف والعادة تشرط في المعاملات المتفرقة في المبايعات وليس لهذه المعاملات شان يوجب الاعتناء بالبحث فيها ولهذا لم

تمس الحاجة في تيسير معاملات العصر الى اختيار قول ابن شبرمة الخارج عن مذهب الحنفية ولهذا حصل الاكتفاء بذكر الشروط التي لا تفسد البيع عند الحنفية في الفصل الرابع من الباب الاول كما وقع في سائر الفصول

ذكر في المادة السابعة والتسعين بعد المائة والمادة الخامسة بعد المائتين انه لا يصح بيع المعدوم والحال ان ما كان مثل الورد والخرشوم من الازهار والبقول والفاكهة التي يتلاحق ظهور محصولاتها يصح فيه البيع اذا كان بعض المحصول قد ظهر وبعضها لم يظهر لانه لما كان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن وانما تظهر افرادها وتتناقص شيئاً فشيئاً اصطلح الناس في التعامل على بيع جميع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة بصفقة واحدة ولذا جوز محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى هذا البيع استحساناً وقال اجعل الموجود اصلاً والمعدوم تبعاً له وافتى بقوله الامام الفضلي وشمس الائمة الحلواني وابو بكر بن فضل رحمهم الله تعالى وحيث ان ارجاع الناس عن عاداتهم المعروفة عندهم غير ممكن كما ان حمل معاملاتهم بحسب الامكان على الصحة اولى من نسبتها الى الفساد وقع الاختيار على ترجيح قول محمد رحمهُ الله في هذه المسألة كما هو مندرج في المادة السابعة بعد المائتين

وفي بيع الصبرة كل مد بكذا عند الامام الاعظم رضي الله عنه يصح البيع في مد واحد فقط وعند الصاحبين رحمهما الله يصح في جميع الصبرة فمهما بلغت الصبرة يأخذها المشتري ويدفع ثمنها بحساب المد على السعر الذي جرى عليه العقد وحيث ان كثيرين من الفقهاء مثل صاحب الهداية قد اختاروا قول الصاحبين في ذلك تيسيراً لمعاملات الناس حررت هذه المسألة في المادة العشرين بعد المائتين على مقتضى قولهما . واكثر مدة خيار الشرط عند الامام رحمه الله تعالى ثلاثة ايام اما عند الصاحبين فالمدة على قدر ما شرط المتعاقدان من الايام ولما كان قولهما هنا ايضاً اوفق للحال والمصلحة وقع عليه الاختيار وذكر بدون مدة الايام الثلاثة في المادة الثلاثمائة وهذا الخلاف جار ايضاً في خيار النقد الا ان عدم تقييد المدة بثلاثة ايام وصحة تقييدها باكثر من ذلك هو قول محمد رحمه الله تعالى فقط وانما اختير قوله في هذه المسألة ايضاً مراعاةً لمصلحة الناس كما ذكر في المادة الثالثة عشرة بعد الثلاثمائة

وعند الامام الاعظم للمستصنع الرجوع بعد عقد الاستصناع وقال الامام ابو يوسف رحمه الله انهُ اذا وجد المصنوع موافقاً للصفات التي شرطت وقت العقد فليس

له الرجوع والحال انه في هذا الزمان قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاولة و بذلك صار الاستصناع من الامور العظيمة التي جرى عليها الناس فتخيير المستصنع في امضاء العقد او فسخه يترتب عليه الاخلال بمصالح جسيمة ولما كان الاستصناع مستنداً الى التعارف ومقيساً على السلم المشروع على خلاف القياس بناءً على عرف الناس لزم اختيار قول ابي يوسف رحمه الله تعالى في هذا مراعاةً لمصلحة الوقت كما حرر في المادة الثانية والتسعين بعد الثلاثمائة من هذه المجلة

فاذا أمر امام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعين ووجب العمل بقوله واذا حلت هذه المعروضات المبسوطة لدى حضرتكم العالية محل التصويب يجري توشيح اعلى المجلة الملفوفة بالخط الشريف الهمايوني والامر لولي الامر

من اعضاء شورى الدولة	مفتش الاوقاف الهمايونية	ناظر ديوان الاحكام العدلية
سيف الدين	السيد خليل	احمد جودت
من اعضاء شورى الدولة	من اعضا ديوان الاحكام العدلية	من اعضا ديوان الاحكام العدلية
محمد امين الجندي	السيد احمد حلمي	السيد احمد خلوصي

من اعضاء الجمعية

علاء الدين ابن ابن عابدين

المقالة الاولى

في تعريف علم الفقه وتقسيمه

﴿ المادة الاولى ﴾ الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية

اعلم ان مبادى كل علم عشرة الحد والموضوع والواضع والاسم وحكم الشارع والاستمداد والمسائل والفضيلة والنسبة والفائدة فحد الفقه العلم بالاحكام الشرعية الفرعية المكتسب من ادلتها التفصيلية وهذه الادلة اربعة الكتاب والسنة والاجماع والقياس وموضوعه فعل المكلف ثبوتاً اوسلباً من حيث انهُ مكلف لانه يبحث فيه عما يعرض لفعلهِ من حل وحرمة ووجوب وندب ويراد بالمكلف البالغ العاقل ففعل غير المكلف ليس من موضوعه وضمان المتلفات ونفقة الزوجات انما المخاطب بها الولي لا الصبي والمجنون كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما اتلفتهُ حيث فرط في حفظها لتنزيل فعلها في هذه الحالة بمنزلة فعله وواضعه ابو حنيفه رحمه الله تعالى واسمهُ الفقه وحكم الشارع فيه وجوب تحصيل المكلف ما لا بد له منه واستمداده من الكتاب والسنة والاجماع والقياس ومسائله كل جملة موضوعها فعل المكلف وفضيلته كونه افضل العلوم سوى الكلام والتفسير والحديث واصول الفقه ونسبته لصلاح الظاهر كنسبة العقائد لصلاح الباطن وفائدته الفوز بسعادة الدارين اي دار الدنيا بنقل نفسه من حضيض الجهل الى ذروة العلم وبيان ما للناس وما عليهم لقطع الخصومات ودار الآخرة بالنعم الفاخرة اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

محلة والمسائل الفقهية اما ان تتعلق بامر الآخرة وهي العبادات واما ان تتعلق بامر الدنيا وهي تنقسم الى مناكحات ومعاملات وعقوبات فان البارئ تعالى اراد بقاء نظام هذا العالم الى وقت قدره وهو انما يكون ببقاء النوع الانساني وذلك يتوقف على ازدواج الذكور مع الاناث للتوالد والتناسل ثم ان بقاء نوع الانسان انما يكون بعدم انقطاع الاشخاص والانسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج في البقاء الى الامور الصناعية في الغذاء واللباس والمسكن وذلك ايضاً يتوقف على التعاون والتشارك بين الافراد والحاصل ان الانسان من حيث انهُ مدني بالطبع لا يمكن ان يعيش على وجه

الانفراد كسائر الحيوانات بل يحتاج الى التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية والحال ان كل واحد يطلب ما يلائمه ويغضب عَلَى من يزاحمه فلاجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج الى قوانين مؤيدة شرعية في امر الازدواج وهي قسم المناكحات من علم الفقه وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهي قسم المعاملات منه ولاجل استقرار امر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب الجزاء وهو قسم العقوبات من الفقه. وها قد وقعت المباشرة بتاليف هذه المجلة من المسائل الكثيرة الوقوع في المعاملات بعد استخراجها وجمعها من الكتب المعتبرة وتقسيمها الى كتب وتقسيم الكتب الى ابواب والابواب الى فصول فالمسائل الفرعية التي يعمل بها في المحاكم هي المسائل التي ستذكر في الابواب والفصول الا ان المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل الفقهية الى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ ادلة لاثبات المسائل وتفهمها في بادئ الامر يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لثبوتها في الاذهان فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية وحررت مقالة ثانية في المقدمة عَلَى ما سيأتي ثم ان بعض هذه القواعد وان كان بحيث اذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع لان بعضها يخصص او يقيد بعضاً آخر

المقالة الثانية

في بيان القواعد الفقهية

القاعدة لغةً الاساس اما اصطلاحاً فهي حكم كلي او غالب ينطبق على جزئيات كلها او اكثرها (حموى) والفرق بينها و بين الضابط ان القاعدة تجمع فروعاً من ابواب شتى والضابط يجمعها من باب واحد (اشباه)

﴿المادة ٢﴾ الامور بمقاصدها. يعني ان الحكم الذي يترتب على امرٍ يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر

ويقرب من هذه القاعدة قاعدة انما الاعمال بالنيات ثم اعلم ان الكلام هنا على

حذف المضاف والتقدير حكم الامور بمقاصد فاعلها اي ان الاحكام الشرعية التي تترتب على افعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الافعال فلو ان الفاعل المكلف قصد بالفعل الذي فعلهُ امراً مباحاً كان فعلهُ مباحاً وان قصد امراً محرماً كان فعلهُ محرماً والاحكام التي تترتب عَلَى افعال المكلف هي عبارة عن الوجوب والندب والاباحة والكراهة والتحريم ولا تجري هذه القاعدة بكليتها الا في المباحات فقط ويتخرج عليها فروع كثيرة منها لو وجد رجل شيئاً في الطريق فاخذه بنية رده الى صاحبه كان امانة في يده فلا يضمن لو هلك ذلك الشيء في يده بدون صنع او تقصير منه واما لو اخذه بقصد ان يتخذه لنفسه كان غاصباً فلو هلك في يده ولو بدون صنعه وتقصيره يضمن انظر المادة ٧٦٩ وبهذا المثال نرى انه باختلاف مقصد الملتقط يترتب حكمان يخالف احدهما الاخر وهما الضمان وعدمه . ومنها لو افرخ طير او باض في ارض رجل او تكسر فيها ظبي فهو لمن سبقت يده اليه الا ان يكون صاحب الارض قد هيأها لذلك . ومنها لو نصب الصياد شبكة فتعلق بها صيد فان كان قد نصبها للجفاف فالصيد لمن سبقت يده اليه وان كان قد نصبها للصيد فهو لصاحبها وان اخذه غيره كان غاصباً . ومنها لو نثر سكر او دراهم في العرس فوقعت على ثوب رجل فان كان هذا الرجل قد اعد ثوبه لذلك فما وقع فيه يكون له وليس لغيره ان ياخذه وان لم يعده لذلك فلا يملكه بل هو لمن سبقت يده اليه اه عن التنوير . ومنها لو رمى الصياد صيداً فاصاب رجلاً فقتله وجبت عليه فقط دية المقتول لورثته اما لو قصد باطلاق الرصاص قتل ذلك الرجل وجب القصاص (ملتقى) فنرى ان بهذا المثال يترتب على فعل القتل نظراً لاختلاف المقصد حكمان يخالف احدهما الاخر وهما الدية والقصاص وكذا لو رمى شخصاً ظنه صيداً او رمى غرضاً فاصاب آدمياً او رمى غرضاً فاصابه ثم رجع عنه او تجاوزعنه الى ما وراءه فاصاب رجلاً او قصد رجلاً فاصاب غيره اوسقطت من يده خشبة او لبنة فقتلت رجلاً كان عليه في كل ذلك الدية (در مختار) بخلاف ما لو قصد القتل وتعمده فانه يجب عليه حينئذٍ القصاص . ومنها لو بنى مربطاً او اصطبلاً تجتمع فيه الدواب فاجتمع فيه من السرقين فهو لمن اخذه الا ان يكون صاحبه قد اعده لذلك فهو له وكذا لو آجر داره فاناخ المستأجر جماله وتبعرت فيه فالمتجمع لمن سبقت يده اليه الا اذا كان المؤجر قد اراد ان يجمع فيه الروث والبعر فحينئذٍ يكون له (هندية) ومنها لو تعدى الوديع عَلَى الوديعة ثم ازال تعديه

كما لو لبس الثوب المودع عنده ثم اعاده الى مكانه ناوياً ان يلبسهُ في الغد فسرق فانه يضمن وان لم ينوِ لبسه ثانية فلا ضمان (القروي) ٠ ومما يتفرع ايضاً على هذه القاعدة المسائل المدرجة في المواد ١٢٥٠ و ١٣٠٣ و ١٣٠٤ من المجلة فراجعها

فائدة : تجري قاعدة الامور بمقاصدها في علم العربية فقد قال سيبويه والجمهور باشتراط القصد في الكلام فلا يسمى كلاماً ما نطق به النائم او الساهي وما تحكيه الحيوانات المعلمة وتجري هذه القاعدة ايضاً في العروض فان الشعر كلام موزون مقصود به اما ما يقع موزوناً اتفاقاً لا عن قصد من المتكلم فلا يسمى شعراً كقوله تعالى لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون (اشباه)

استطراد : لا ينبغي ان يفهم مما تقدم ان تبدل القصد يقتضي في كل حال تبدل الحكم الشرعي فلو اخذ مال غيره بدون اذنه مازحاً هازلاً فهلك في يده فانه يضمن ولو لم يكن قاصداً تملكه ومثله لو رأى سكراناً نائماً في الطريق فاخذ ما كان معه من المال لئلا يفقد فضاع منه فانه يضمن (فتاوى بن نجيم)

﴿المادة ٣﴾ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء

اي ان العقود المبنية على الاغراض والمقاصد لا على الالفاظ كالبيع والاجارة والحوالة تعتبر فيها المقاصد والمعاني ولا عبرة للالفاظ ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء وان كان منعقداً بلفظ البيع لانه لم يقصد به تمليك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه انظر المادة ٢٩٦ وما يليها ومما يتفرع على هذه القاعدة ما لو قال وهبتك هذه الدار بثوبك هذا كان بيعاً بالاجماع اذ العبرة للمعاني لا للالفاظ (در منتقى) ومنه ان الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المديون حوالة والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المديون كفالة كما سيجيء في المادتين ٦٤٨ و ٦٤٩ ٠ والهبة بشرط العوض بيع فتجري فيها الشفعة كما سياتي في المادة ١٠٢٢ — والاعارة لمدة معلومة باجر معلوم اجارة (اشباه) والوصاية حال حياة الموصي وكالة وتوكيله بعد موته وصاية (بزازية) ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها اذا قال احد لاخر بقصد ان يهبهُ ماله بعتك مالي هذا بدون ثمن فلا يبطل لفظ البيع ولا يحمل على الهبة ولو كان قصد المتكلم الهبة ومنها لو قال

لآخر بقصد ان يعيره منزله آجرتك منزلي هذا بدون كراء فلا يحمل قوله على الاعارة وان كانت هي المقصودة بكلامهِ (اشباه)

﴿ المادة ٤ ﴾ اليقين لا يزول بالشك

اليقين طانينة القلب على حقيقة الشيء والشك استواء طرفي الشيء وهو الوقوف بين الشيئين بحيث لا يميل القلب الى احدهما وبعبارة اخرى اليقين جزم القلب مع الاستناد الى الدليل القطعي والشك تجويز الامرين لا مزية لاحدهما على الآخر (حموي) ومعنى هذه القاعدة ان ما كان ثابتاً ومتيقناً في الاصل لا يزول بالشك لان ما ثبت بيقين لا يزول الا بيقين (اشباه) ومن فروع هذه المادة ما لو كان لزيد على عمرو الف مثلاً فبرهن عمرو على الاداء او الابرآء ثم برهن زيد على ان له عليه الفاً لم تقبل حتى يبرهن انها حادثة بعد الابراء او الاداء لاحتمال ان الالف الذي برهن عليه زيد هو الذي قامت البينة على ادائهِ او ابرائهِ فلا تشتغل ذمته بالاحتمال (حموي) كذلك بمقتضى المادة ١٦٩٤ من المجلة يكفي من يشهد بدين على الميت ان يبين سبب الدين ومقداره ولا يحتاج الى ان يقول ان الدين كان باقياً في ذمته حين وفاته، وكذا لو شرى ثوباً ثم جاء ليرده بخيار العيب فاختلف التجار فيه فقال بعضهم انهُ عيب وقال بعضهم لا فليس له الرد (خانية) وكذا لو قال له بذمتي الف فيما اظن فلا يعد ذلك اقراراً بالدين (حموي) لان الاصل براءة الذمة كما سيأتي في المادة الثامنة وهو متيقن فلا يزول بالشك

﴿ المادة ٥ ﴾ الاصل بقاء ما كان على ما كان

ويقال لذلك الاستصحاب وهو الحكم ببقاء امر محقق لم يظن عدمه وهو على نوعين الاول ابقاء الشيء في الحال على ما كان عليهِ في الماضي الا ان يقوم الدليل على خلافهِ والثاني اتخاذ الحال الحاضر دليلاً على ما كان عليهِ الشيء في الزمن السابق و يقال له الاستصحاب المقلوب لانهُ عكس الاول ومما يتفرع على النوع الاول ان المفقود وهو الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته او حياتهُ حي في حق نفسه في الحال باستصحاب الزمن الماضي بمعنى ان حياته قبل غيبتهِ متيقنة فيعد حياً في الحال الى ان يثبت موته ومن ثمَّ لا يقسم ماله بين ورثتهِ ولا تفسخ اجارتهُ (تنوير) ومنه ما سيأتي في المادة ٧٨٥ من انهُ اذا لم يثبت حقيقة او حكماً موت المفقود لا تعطى ورثتهُ ماله المودع عند

آخر بل يحفظهُ المستودع الى ان يعلم موته او حياته . ومما يتفرع على النوع الثاني المسألة الواردة في المادة ١٧٧٦ ! فقرتها الثانية اما المسألة الواردة في المادة ١٧٧٧ فمتفرعة عَلَى نوعين

ثم ان الاستصحاب انما يصلح حجةً للدفع لا للاستحقاق (اشباه) اي لدفع الزام الغير لا لالزام الغير (حموي) فلو مات نصراني فجاءت امرأتهُ مسلمة فقالت اسلمتُ بعد موتهِ ولي الميراث وقال ورثتهُ اسلمتِ قبل موتهِ ولا ميراث لكِ فالقول للورثة ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعدموتهِ وقالت اسلمتُ قبل موتهِ وقالت الورثة اسلمتِ بعد موتهِ فالقول للورثة ايضاً ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق والمرأة محتاجة اليهِ واما الورثه فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضاً (هندية) وكذا المفقود لا يرث من غيره ولا يستحق ما اوصي له بهِ (تنوير) لان شرط الارث حياة الوارث عند موت المورث وحياة المفقود ثابتة بالاستصحاب وهو لا يصلح حجة للاستحقاق ومع هذا ليس لسائر الورثة ان يقتسموا بينهم حصة المفقود لان ثبوت حياتهِ بالاستصحاب يكفي لدفع دعواهم بل تحفظ حصته الى ان يظهر امره فان ظهر حياً او علم انه مات بعد مورثهِ حكم له بتلك الحصة وان علم انه مات قبل المورث اعيدت الى باقي الورثة

تنبيه ان موت المفقود حقيقةً هو تحقق وفاتهِ وموته حكماً هو حكم الحاكم بذلك اذا مضى من عمره ما لا يعيش اليهِ اقرانه (ملتقى) او لكونهِ نزل ميدان الحرب او سافر بحراً او أُصيب باحد الامراض المهلكة ولم يظهر له بعد ذلك اثر (رد محتار)

﴿ المادة ٦ ﴾ القديم يترك على قدمه

القديم هو الذي لا يوجد من يعرف اوله انظر المادة ١٦٦ ومما يتفرعُ عَلَى هذه القاعدة انه لو كان لدار مسيل عَلَى دار الجار يجري من مدة لا يدركها الاقران كان ذلك المسيل قديماً فليس للجار منعه لانه يجب ترك القديم على قدمهِ وتفصل دعاوى حق المرور وحق الشرب وحق المسيل توفيقاً لهذه القاعدة انظر المواد ١٢٢٤ و ١٢٢٩ او ١٢٣٠ وكذا لو كان وقف قديم جهل مصرفه وشروطه فينظر الى المعهود من حاله فيما سبق ويعمل بحسبهِ انظر شرح المادة ١٧٣٩

﴿ المادة ٧ ﴾ الضرر لا يكون قديماً

ولهذا قالوا لا عبرة للقديم المخالف للشرع القويم فلو كان لدار مسيل ماء على الطريق العام ويحصل منه للمارين ضرر فاحش فلا يعتبر قدمه ويؤمر صاحبه برفعهِ انظر المادة ١٢١٤ اما اذا كان ذلك المسيل يجري على منزل رجل وكان قديماً فيترك على حاله وان تضرر صاحب المنزل لانه يحتمل ان يكون صاحبه قد تملكه بوجه من الوجوه الصحيحة اما في الطريق العام فذلك غير ممكن لعدم تصور احداث شيء فيه بوجه شرعي انظر المواد ١٢٢٨ و١٢٢٩ و١٢٣٠

﴿ المادة ٨ ﴾ الاصل براءة الذمة فاذا اتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره كان القول للمتلِف والبينة على صاحب المال لاثبات الزيادة

وكذا لو غصب شيئاً فهلك في يده ثم اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب فالقول للغاصب لان الاصل البراءة عما زاد (اشباه) وكذا لو اعطى اخر الف درهم ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الآخذ بل هبة فالقول للآخذ (حموي) لان الاخذ يدعي براءة ذمتهِ والاصل براءة الذمة ولهذا نرى ان البينة في الدعاوى السائرة للمدعي لانه يدعي بخلاف الاصل فيحتاج الى اثبات دعواه والقول للمدعى عليه بيمينهِ لكونهِ متمسكاً بالاصل الذي هو براءة الذمة انظر المواد ١٨١٧ و ١٨١٨ و ١٨١٩

﴿ المادة ٩ ﴾ الاصل في الصفات العارضة العدم فاذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب والبينة على رب المال لاثبات الربح

الصفة العارضة حالة لا تكون موجودة مع الاصل بل عارضة كالربح والعيب والمرض والصفة الاصلية حالة توجد مع وجود الاصل كالصحة والحياة والبكارة فالاصل في الصفات العارضة العدم ويتفرع على ذلك مسائل منها اذا اختلف المضارب ورب المال في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب لانه متمسك بالاصل وهو عدم الربح وكذا لو قال المضارب لم اربح الا كذا لان الاصل عدم الزائد ومنها اذا اختلف رب المال والمضارب في مقدار راس المال فالقول للمضارب لان الاصل عدم الزيادة ومنها لو

قال رب المال نهيتك عن شراء كذا وقال المضارب لم تنهني فالقول للمضارب لان الاصل عدم النهي ومنها لو دفع الى رجل دراهم ثم قال دفعتها لك قرضاً وقال القابض مضاربة فالقول للقابض لانهما اتفقا على جواز التصرف له والاصل عدم الضمان ولذا قال في الكنز وان قال اخذت منك الفا وديعة وهلكت وقال اخذتها غصباً فهو ضامن ولو قال اعطيتنيها وديعة وقال بل غصبتها لا يضمن ومنها لو دفع لآخر عيناً ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الآخر هدية فالقول للدافع لان مدعي الهدية يدعي الابراء عن القيمة مع كون العين متقومة بنفسها ومنها اذا اختلف العاقدان في قبض المبيع والعين المؤجرة فالقول لمنكره ومنها لو ثبت على رجل دين باقرار او بينة فادعى الاداء او الابراء فالقول للدائن لان الاصل العدم ومنها لو اختلف العاقدان في قدم العيب فالقول للبائع لان الاصل عدمه ومنها لو اختلفا في رؤية المبيع فالقول للمشتري لان الاصل عدمها ولو اتفقا على الرؤية واختلفا في تغير المبيع بعد رؤيته فالقول للبائع لان الاصل عدم التغير (اشباه ملخصاً) ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها مالو ادعى الزوج بعد موت زوجته انه تصرف بمالها باذنها وقالت ورثتها بل تصرفت بلا اذن فانت ضامن فالقول للزوج كما في الحموي ورد المحتار مع ان الاذن من الصفات العارضة والاصل فيها العدم فكان ينبغي ان يكون القول للورثة. وفي الاشباه اما في الصفات الاصلية فالاصل الوجود اه فلو اشترى فرساً و بعد ان تسلمها ادعى ان بها عيباً قديماً وانكر البائع ذلك وادعى انها كانت صحيحة كان القول للبائع بيمينه لان الصحة من الصفات الاصلية والاصل في الصفات الاصلية الوجود والبينة على المشتري لاثبات دعواه لانهُ يدعي خلاف الاصل (ملتقى) وعلى هذا لو اشترى شيئاً بعد ان وصفه البائع بصفات مرغوبة ثم اختلف البائع والمشتري في كونه عارياً او غير عار عن تلك الصفة تفصل الدعوى بينهما وفقاً لهذين الاصلين فان كان الوصف المشروط في البيع من الصفات العارضة فالبينة على البائع لاثباتها والقول للمشتري بيمينه وان كانت الصفة المشروطة من الصفات الاصلية فالبينة على المشتري والقول للبائع بيمينه

☀ المادة ١٠ ☀ ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه

فاذا ثبت بزمان ملك شيء لواحد يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد ما يزيله

هذه المادة من قبيل العمل بالاستصحاب وهي متحدة مع المادة الخامسة ومما يتفرع

عليها ما لو ثبت ان رجلاً ملك شيئاً بالارث او الشراء او بوضع اليد مدة لا تسمع بعدها الدعوى يبقى ذلك الشيء في يده ولا يقال انه يحتمل ان يكون قد اخرجه عن ملكه ببيع او هبة اما لو ثبت انه خرج عن ملكه فيكون قد وجد حينئذٍ دليل على زوال ملكه فلا يحكم ببقاء الملك له بل بزواله انظر المادتين ١٦٩٤ و١٦٩٥ ومنه ما لو انكر المدعى عليه ان يكون المنقول المدعى به في يده فاقام المدعي بينة شهدت انه كان في يده منذ سنة فانها تقبل ويجبر المدعى عليه على احضاره لمجلس القضاء ليشار اليه في الدعوى والشهادة (فصولين) لانه حيث ثبت وجوده في يد المدعى عليه منذ سنة فيحكم ببقائه في يده الى ان يوجد المزيل

﴿ المادة ١١ ﴾ الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته · يعني انه اذا وقع اختلاف في زمن حدوث امر ينسب حدوثه الى اقرب الاوقات للحال ما لم تثبت نسبتهُ الى زمن بعيد

فلو اقر احد بدين لاحد ورثته ثم توفي فادعى باقي الورثة ان الاقرار كان في مرض الموت وادعى المقر له انه كان في حال الصحة ينسب الاقرار الى اقرب اوقاته اي مرض الموت ما لم تثبت نسبته الى زمن بعيد اي زمن الصحة ولهذا كان القول للورثة مع اليمين والبينة على المقر له كما سيأتي في المادة ١٧٦٦ وكذا لو قال المحجور بعتك بعد الحجر وقال المشتري بل قبله فالقول للمحجور (حامدية) لان الاصل اضافة البيع الى اقرب الاوقات وهو وقت الحجر · ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها لو قال القاضي بعد عزله لرجل اخذت منك الفاً ودفعتها الى زيد قضيت بها عليك وقال الرجل اخذتها ظلماً بعد العزل فالصحيح ان القول للقاضي مع ان الفعل حادث كان ينبغي ان يضاف الى اقرب اوقاته وهو وقت العزل (اشباه) ومنها لو قال له بعت منك في صغري وقال المشتري بعته مني بعد بلوغك فالقول للبائع (انقروي) مع انَّ البلوغ اقرب الى الوقت الحاضر

﴿ المادة ١٢ ﴾ الاصل في الكلام الحقيقة

الحقيقة نقيض المجاز وهي استعمال اللفظ بالمعنى الذي وضع له كالاسد للحيوان المفترس واليد للعضو المعلوم والمجاز يطلق على اللفظ المستعمل لغير ما وضع له بشرط

وجود قرينة تدل على عدم ارادة المعنى الحقيقي فالاصل في الكلام الحقيقة اي لا يجوز حمل اللفظ على المجاز اذا امكن حمله على المعنى الحقيقي فلو وقف على ولده او اوصى لولد زيد لا يدخل ولد ولده ان كان له ولد لصلبه فان لم يكن له ولد لصلبه استحق ولد الابن واختلف في ولد البنت فظاهر الرواية عدم الدخول وصحح فان ولد للواقف ولد رجع من ولد الابن اليه لان اسم الولد حقيقة في ولد الصلب وهذا في المفرد اما اذ وقف على اولاده دخل النسل كله وكانه للعرف فيه والا فالولد مفرداً وجمعاً حقيقة في الصلب ومن فروع هذه القاعدة ايضاً لو قال هذه الدار لزيد كان اقراراً بالملك له حتى لو ادعى انها مسكنه لا تقبل دعواه وفي البزازية قوله فلان ساكن هذه الدار اقرار بكونها له بخلاف زرع فلان او غرس او بنى في هذه الارض ثم ادعى المقران فلاناً فعل ذلك بالاجرة يقبل منه والارض للمقر (اشباه ملخصاً)

✱ المادة ١٣ ✱ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح

اي اذا تعارضت الدلالة والتصريح يعتبر التصريح ولا عبرة للدلالة فاذا وهب شيئاً من آخر وقبضه الموهوب له في مجلس الهبة كان قبضه صحيحاً وان لم يأذنه الواهب لان ايجاب الواهب اذن بالقبض دلالة كما سيأتي في المادة ٨٤٣ واما لو نهاه الواهب عن القبض فلا يصح قبضه لان لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح انظر المادة ٧٧٢ كذلك اذا ادعيا عيناً شراء من واحد ولم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً فترجح بينة ذي اليد لان وجود العين في يده دليل على شرائه اما لو كان الاخر اسبق تاريخاً فترجح بينته لان اسبقية تاريخه تثبت له الملك صراحة في زمن لا يزاحمه الاخر فيه ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح انظر الفقرة الاستثنائية من المادة ١٧٥٨ والمادة ١٧٦٠ ولكن بعد العمل بموجب الدلالة لا عبرة للتصريح فلو سمع ان فضولياً باع ماله فطلب منه الثمن كان طلبه هذا اجازة للبيع دلالة كما في الدر المختار فاذا رد بعد ذلك بيع الفضولي صراحة لا يصح رده

✱ المادة ١٤ ✱ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

الاجتهاد لغة بذل المجهود لنيل المقصود (هندية) وشرعاً بذل المجهود من الفقيه لتحصيل حكم شرعي وشرطه الاسلام والعقل والبلوغ وكونه فقيه النفس اي شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة العربية وكونه حاوياً لكتاب الله تعالى فيما يتعلق بالاحكام

وعالماً بالحديث متناً وسنداً وناسخاً ومنسوخاً وبالقياس وهذه الشرائط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الاحكام اما المجتهد في حكم دون حكم فعليهِ معرفة ما يتعلق في ذلك الحكم فقط (رد محتار) ومعنى هذه المادة انه لا يسوغ الاجتهاد بقضية شرعية ورد عليها النص صراحة لان الاجتهاد انما يكون فيما لا نص عليهِ مثلاً حيث ورد النص بمنع الظلم ولعب القمار فلا مساغ للاجتهاد بتجويزهما وكذا حيث ورد النص بقصاص القاتل عمداً اذا كان عاقلاً بالغاً وذلك بناء على طلب ولي القتيل فلا مساغ للاجتهاد بعدم وجوب القصاص وكذا حيث ورد النص بان نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان كما سيأتي في المادة ١٦٨٥ فلا محل للاجتهاد في هذا الخصوص لان مساغ الاجتهاد مقيد بعدم وجود النص

﴿ المادة ١٥ ﴾ ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه

انه بمقتضى المادة ٢٠٥ من المجلة لا يجوز بيع المعدوم ولهذا كان كل من السلم والاجارة والاستصناع غير جائز قياساً لوقوعه على المعدوم اي على شيء غير موجود حين العقد ولكن نظراً للحاجة جوزت معاملات السلم والاجارة بالنص استحساناً ومعاملة الاستصناع بالتعامل والاجماع وحيث كان جواز بيع المعدوم بها على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه وكذا سيأتي في المادة ١٦٥٩ انهُ اذا باع شيئاً على انه ملكه واحد اقاربه حاضر فسكت فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولما كان ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليهِ ما لو رهن او آجر بحضور قريبه كما سيأتي هناك

﴿ المادة ١٦ ﴾ الاجتهاد لا ينقض بمثله

اي ان الاجتهاد لا ينقض باجتهاد آخر وعللهُ في الاشباه بان ليس الاجتهاد الثاني باقوى من الاول وانه يؤدي الى ان لا يستقر حكم وفيهِ مشقة شديدة وعلله في الهداية بان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء بهِ فلا ينقض بما هو دونهُ ومن فروع هذه المادة ما لو حكم القاضي برد شهادة الفاسق ثم تاب فاعادها لم تقبل وعللهُ بعضهم بان قبول شهادته بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد وهو لا يجوز ومنها اذا حكم الحاكم براي احد المجتهدين المفتى بهِ لا يمكنهُ ان ينقض حكمه بعد وقوفهِ على راي مجتهد آخر بحجة انهُ احسن واوفق ولكنهُ اذا عرضت له بعد ذلك دعوى اخرى من هذا القبيل فله ان يحكم بها بموجب راي المجتهد الثاني

وكما انهُ لا يمكن لذلك الحاكم ان ينقض حكمهُ السابق لا يقدر حاكم آخر على نقضهِ (اشباه ملخصاً) وهذا كله اذا لم يكن قد صدر الامر السلطاني بالحكم برأي احد المجتهدين لانهُ لا يجوز حينئذٍ ان يعدل الى غيره كما سيأتي في المادة ١٨٠١ فان حكم الحاكم بما يخالفه ثم رفع حكمه الى قاضٍ اخر وجب عليه ان ينقضه كما لو كان الحاكم الاول قد اخطأ بتطبيق الامر الحادث على القواعد الشرعية وتبين ان حكمه غير مستند الى دليل شرعي فانه يجب حينئذٍ نقض ذلك الحكم انظر المادة ١٨٣٨ ويخرج عن هذه القاعدة مسئلتان احداهما نقض القسمة اذا وقعت بغبن فاحش فانها وقعت باجتهاد فكيف تنقض بمثله والجواب ان نقضها لفوات شرطها في الابتداء وهو المعادلة وظهر انها لم تكن صحيحة من الابتداء فهو كما لو ظهر خطأ القاضي بفوات شرط فانه ينقض قضاؤهُ. الثانية اذا راى الامام شيئاً ثم مات او عزل فللثاني تغييره حيث كان من امور العامة والجواب ان هذا حكم يدور مع المصلحة فاذا رآها الثاني وجب اتباعها (اشباه)

﴿المادة ١٧﴾ المشقة تجلب التيسير يعني ان الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ويلزم التوسيع في وقت الضيق. يتفرع على هذا الاصل كثير من الاحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر وغير ذلك وما جوَّزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الاحكام الشرعية هو من هذه القاعدة

الاصل فيها قوله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ويتخرج من هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته فمن ذلك التخفيفات الممنوحة للمكره والصبيان والنساء واسباب التخفيف سبعة الاول الاكراه وستأتي احكامه في المادتين ١٠٠٦ و ١٠٠٧ الثاني الجهل فلو علم الشفيع بالبيع وجهل الثمن او المشتري فهو على شفعته حتى يعلمه (خانية) ومنهُ اذا علم الشفيع ان المشتري زيد فسلم شفعتهُ ثم بان انه بكر فله الشفعة (تنوير) ومنه ما سيأتي في المادة ١٦٥٥ من ان التناقض في محل الخفاء عفو فلا يمنع من الدعوى. الثالث العسر وعموم البلوى ولذلك جوزوا السلم على خلاف القياس دفعاً لحاجة المفاليس ومن ذلك تجويز البيع بالوفا وخيار الشرط للتروي دفعاً للندم وخيار نقد الثمن دفعاً للماطلة والرد بالعيب والغبن الفاحش والتحالف

والاقالة والحوالة والرهن والضمان والابراء والقرض والشركة والاجارة والحجر والوكالة والمزارعة والمساقاة للحاجة والعارية والوديعة للمشقة العظيمة في ان كل احد لا ينتفع الا بملكه ولا يستوفي الا ممن عليه حقه ولا ياخذه الا بكماله ولا يتعاطى اموره الا بنفسه فسهل الامر باباحة الانتفاع بملك الغير بطريق الاجارة والاعارة والقرض وبالاستعانة بالغير وكالة وايداعاً وشركة ومضاربةً ومساقاة وبالاستيفاء من غير المديون حوالة وبالتوثيق على الدين برهن او كفيل وباسقاط بعض الدين صلحاً او ابراء وتوقف عزل الوكيل على علمه دفعاً للحرج وكذا عزل القاضي وصاحب وظيفة انظر المادتين ١٥٢٣ و ١٨٠٤ ومن ذلك مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الانسان ما فرط فيه حال حياته وفسح له في الثلث دون ما زاد عليه دفعاً لضرر الورثة حتى اجازوا الوصية بكل المال عند عدم المنازع واوقفوها على اجازة بقية الورثة اذا كانت لوارث وابقوا التركة على ملك الميت حكماً حتى تقضى حوائجه منها رحمةً عليه ووسعوا الامر في الوصية حتى جوزوها بالمعدوم ولم يبطلوها بالشروط الفاسدة (اشباه ملخصاً) الرابع النقص ومنه عدم تكليف الصبي والمجنون وتفويض امر احواله الى الولي انظر المواد ١٥٤١ و ٩٥٧ و ٩٧٤ و ١٦١٦ وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال انظر المادة ١١٥٢ . الخامس السفر فان الشاهد اذا كان مسافراً يجوز له تحميل شهادته لغيره (ملتقى) السادس المرض كما اذا كان الشاهد مريضاً جاز له ان يستشهد في بيته كما في المادة ٧٨ من قانون المحاكمة الحقوقية . السابع النسيان وهو عدم استحضار الشيء وقت الحاجة فيشمل السهو عند الحكما فان اللغة لا تفرق بينهما وهو لا ينافي الوجوب للكمال وليس عذراً في حقوق العباد حتى لو اتلف مال انسان يجب عليه الضمان وفي حقوقه تعالى عذر في سقوط الاثم (حموي) . ثم اعلم ان المشقة والحرج انما يعتبران في موضع لا نص فيه واما في المواضع التي ورد فيها النص بخلافه فالمشقة لا تجلب التيسير (اشباه)

﴿المادة ١٨﴾ الامر اذا ضاق اتسع

فلو تحقق عسر مديون لا كفيل له بالمال فيرخص له بالتأدية وقت اليسر ولو ثبت عدم اقتداره على دفع الدين دفعةً واحدة فيرخص له بتأديته مقسطاً كذلك انظر المادة ٩١٦

﴿ المادة ١٩ ﴾ لا ضرر ولا ضرار

فسّره في المغرب بان لا يضر الرجل اخاه ابتداء ولا جزاء (اشباه) اي انه لا يجوز ان يبادئه بالضرر ولا ان يقابله به مثلاً لا يجوز لاحد ان يهدم حائط غيره وان هدمه فلا يجوز للاخر ان يهدم حائطه مقابلة لذلك بل عليه ان يرفع الامر الى الحاكم فيضمنه قيمة الحائط الذي هدمه كذلك انظر المادة ٩٢١ ومن فروع هذه القاعدة ما لو احتاج الملك المشترك الى العمارة فطلب احد الشريكين عمارته وابى الاخر فانه لا يجبر عليه بل اذا كان الملك المشترك قابلاً للقسمة يقسم ويفعل كل منهما بنصيبه ما يريد وان لم يكن قابلاً القسمة يأذن الحاكم لطالب العمارة بالتعمير ويحبس العين الى ان يستوفي من شريكه قدر ما اصاب حصته من النفقة كما سيأتي في المادتين ١٣١٣ و ١٣١٤ ولكن اذا تعلق بالملك المشترك حق الغير او كان الشركا غير مكلفين فيجبر الآبي على العمارة كما سترى في المادتين ١٣١٩ و ١٣٢٤

﴿ المادة ٢٠ ﴾ الضرر يزال

هذه المادة من تفرعات المادة السابقة و يبتنى عليها كثيرٌ من ابواب الفقه مثل الرد بالعيب وجميع انواع الخيارات والحجر والشفعة فانها للشريك لدفع ضرر القسمة وللجار لدفع ضرر الجار السوء والقصاص والجبر على القسمة والمهاياة ونصب القضاة والائمة وبيع مال المديون جبراً عليه اذا امتنع عن اداء الدين وضمان المتلفات المندرج في المواد ٥٤٥ و٥٤٦ و٥٤٨ و ٥٥٢ و ٥٥٦ و ٥٥٧ و ٥٩٤ و ٦٠٢ و ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦١١ و ٨٩١ و ٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٤ و ٩١٦ ومما يبنى عليها مسائل الحيطان الواردة في المواد ١٢٠٠ و ١٢٠١ و ١٢٠٢ و ١٢٠٦ و ١٢١٢ و ١٢١٤ ومنهُ لو باع اغصان فرصاد ، والمشتري اذا ارتقى لقطعها يطلع على عورات الجيران يؤمر بان يخبرهم وقت الارتقاء ليستتروا مرة او مرتين فان فعل فبها والا رفع الامر الى الحاكم ليمنعهُ من الارتقاء (اشباه)

﴿ المادة ٢١ ﴾ الضرورات تبيح المحظورات

اي ان الاشياء الممنوعة تعامل كالاشياء المباحة وقت الضرورة ومما يتفرع على هذه القاعدة ما لو شهر رجل سلاحاً على رجل ليلاً او نهاراً في مصر او غيره او شهر عليهِ عصا ليلاً في مصر او نهاراً في غيره فقتله المشهور عليهِ عمداً وجبت الدية في

ماله دون القصاص ولكن لو ضربهُ الشاهر ثم انصرف وكفَّ عنهُ على وجه لا يريد ضربهُ ثانياً فقتله المشهور عليهِ قتل القاتل لانهُ بالانصراف عادت عصمتهُ (تنوير) ومنه انهُ يسوغ لاولياء الامور هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسريانهِ كما يسوغ لهم منع المصاب بالامراض الوبائية من مخالطة الناس خوفاً من ان يسري المرض اليهم ومن فروع هذه القاعدة ايضاً اخذ مال الممتنع عن اداء الدين بغير اذنهِ (اشباه) ومنه عدم مسؤولية المكره بفتح الراء عما يأتيه كرهاً عنه كما سيأتي في كتاب الاكراه

﴿ المادة ٢٢ ﴾ الضرورات تقدر بقدرها

مثلاً بموجب المادة ١٢٠٢ اذا احدث رجل في داره شباكاً او بناء وجعل له شباكاً مطلاً على مقر نساء جاره فيجبر على رفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر اما ببناء حائط او وضع طبلة ولكن لا يجبر عَلَى سد شباكهِ بالكلية وكذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ١٦٨٥ تقبل شهادة النساء في المحال التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها وذلك بسبب الضرورة ولكن لا تقبل شهادة النساء فقط اي دون ان يكون معهنَّ احد من الرجال في المحال التي يمكن اطلاع الرجال عليها لان ما جاز للضرورة يقدر بقدرها

﴿ المادة ٢٣ ﴾ ما جاز لعذر بطل بزواله

فانه بمقتضى المادة ٩٥٨ يجوز للحاكم ان يحجر على السفيه ولكن اذا اكتسب السفيه صلاحاً فيلزم الحاكم فك حجره كما سيأتي في المادة ٩٩٧ كذلك اذا كان للشاهد عذر شرعي يمنعه عن الحضور امام الحاكم كالمرض جاز له ان يستشهد في بيته كما في المادة ٨٧ من قانون المحاكمة الحقوقية ولكن اذا زال العذر لا يبقى له ذلك كذلك انظر المادة ٥١٧

﴿ المادة ٢٤ ﴾ اذا زال المانع عاد الممنوع

ويتفرع عنها مسائل منها ان التناقض بمقتضى المادة ١٦٤٧ مانع لدعوى الملكية ولكن اذا زال التناقض بتصديق الخصم او بتكذيب الحاكم عادت الدعوى مسموعة انظر المادتين ١٦٥٣ و ١٦٥٤ ومنها ان زيادة الموهوب له في الموهوب تمنع الواهب من الرجوع في الهبة ولكن اذا زالت تلك الزيادة عاد للواهب حق الرجوع (درر) ومنها اذا وجد بمشترٍ به عيباً قديماً كان له ان يرده على بائعه ولكن لو حدث فيهِ

عند المشتري عيب آخر امتنع الرد بسبب العيب الحادث كما سيأتي في المادة ٣٤٥ غير انهُ اذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق الردّ كما سترى في المادة ٣٤٧ لانه اذا زال المانع عاد الممنوع · ومنها اذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة فانها اذا بانت عاد حقها فيها لزوال المانع (طحطاوي) ومنها اذا اشترى شيئاً شراء فاسداً ثم رهنه من آخر وسلمهُ امتنع حق فسخ البيع بسبب الفساد لتعلق حق المرتهن بالمبيع ولكن لو ادى المشتري دينه وافتك الرهن عاد حق فسخ البيع كما في مجمع الانهر لانه لما زال المانع وهو الرهن عاد الممنوع وهو حق الفسخ ومنها لو ردت شهادة الاعمى والصبي للعمى او للصغر ثم ابصر الاعمى او بلغ الصبي فاعادها فانها تقبل كما سيأتي في شرح المادة ١٦٨٦

﴿ المادة ٢٥ ﴾ الضرر لا يزال بمثله

فانهُ بمقتضى المادة ٣٤٥ اذا حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيهِ عيب قديم كان عند البائع فليس للمشتري ان يرده على بائعهِ بالعيب القديم لان الضرر لا يزال بمثله بل له الرجوع بنقصان الثمن فقط لان الضرر يدفع بقدر الامكان كذلك انظر المادتين ١٣١٢ و ١٣١٣

﴿ المادة ٢٦ ﴾ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام · يتفرع على هذا منع الطبيب الجاهل

هذه المادة مقيدة للمادة السابقة ومما يتفرع عنها الحجر على المفتي الماجن والمكاري المفلس دفعاً للضرر العام وحجر السفيهِ والمديون وبيع مال المديون قضاء لدينهِ دفعاً للضرر عن الغرما على ما هو المعتمد ونقض الحائط المائل الى طريق العامة والتسعير عند تعدي ارباب الطعام في بيعهِ بغبن فاحش و بيع طعام المحتكر جبراً عليهِ عند الحاجة اذا امتنع عن بيعه دفعاً للضرر العام ومنع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين (اشباه) ومنهُ ايضاً هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسريانهِ

﴿ المادة ٢٧ ﴾ الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف

هذه المادة متحدة مع المادة السابقة ومن فروعها الاجبار على قضاء الدين والنفقات الواجبة ومنها حبس الاب اذا امتنع عن الانفاق على ولده الصغير بخلاف الدين ومنها

اذا ابتلعت دجاجة رجل لؤلؤة آخر ينظر الى اكثرهما قيمة فيضمن صاحب الاكثر قيمة الاقل ويتملكهُ ومثلهُ لو دخل فصيل غيره في داره فكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وكذا لو ادخلت البقرة راسها في قدر من النحاس فتعذر اخراجه وعلى هذا لو طلب صاحب الاكثر القسمة وشريكهُ يتضرر فيجاب صاحب الاكثر لان ضررهُ في عدم القسمة اعظم من ضرر شريكهِ بها (اشباه) انظر المادة ١١٤٠ ومن فروعها ايضاً المسألة الواردة في المادة ٩٠٦

﴿المادة ٢٨﴾ اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما

هذه القاعدة هي عين السابقة في الحقيقة واختلف العنوان لا غير (حموي) ويتفرع عليها المسألة الآتية في المادة ٩٠٢ وجواز شق بطن الميت لاخراج الولد اذا كانت ترجى حياته (اشباه)

﴿المادة ٢٩﴾ يختار اهون الشرين

انظر الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ ومن فروع هذه القاعدة ما لو ادخل ثور رجل راسه في جب آخر ولا يمكن الفصل الا بكسر احدهما ينظر الى قيمتهما فيملك صاحب الاكثر الاقل بقيمته (انقروي)

﴿المادة ٣٠﴾ درء المفاسد اولى من جلب المنافع

اي اذا تعارض مفسدة ومصلحة قدم رفع المفسدة لان اعتناء الشرع بالمنهيات اشد من اعتنائه بالمأمورات (اشباه) ومما يتفرع من هذه القاعدة ان الرجل يمنع من التصرف في ملكهِ اذا كان تصرفه يضر بجاره ضرراً فاحشاً لان درء المفاسد عن جاره اولى من جلب المنافع لنفسه وانظر ايضاً المواد ١١٩٢ و ١٢٠٧ و ١٢٠٨

﴿المادة ٣١﴾ الضرر يدفع بقدر الامكان

فلو ظهر في المبيع عيب قديم ثم طرأ عليه عيب اخر عند المشتري امتنع رده على البائع بالعيب القديم وللمشتري ان يرجع بنقصان الثمن فقط كما سيأتي في المادة ٣٤٥ وانظر ايضاً المادتين ١٢٠٢ و ١٢١٢ كذلك اذا استهلك الغاصب المال المغصوب

او هلك في يده بدون تعديه تعذر رده الى صاحبه فيضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ان كان قيمياً ويرد مثله ان كان مثلياً كما سياتي في المادة ٨٩١

﴿المادة ٣٢﴾ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامةً او خاصةً ٠ ومن هذا القبيل تجويز بيع الوفاء فانه لما كثرت الديون على اهالي بخارى مست الحاجة الى ذلك فصار مرعياً

بيع الوفاء غير جائز في الاصل كما سيأتي في بابه ولكنهم تعارفوه في بخارى لما كثرت الديون عليهم وكانوا يشترطون للمشتري بعض منافع المبيع كاجرته وغلاته ترغيباً له في اقراض ماله مع ان ذلك غير مشروع ايضاً فجوزه الفقهاء للحاجة كما سيأتي في المادة ٣٩٨ مع ان هذه الحاجة لم تكن عامة بل خاصة باهالي بخارى ويتفرع على هذه القاعدة ايضاً تجويز الاجارة على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنفعة معدوم فالقياس البطلان وتجويز خيار التعيين كما سيأتي في المادة ٢١٣ مع جهالة المبيع فيه ٠ ومنه تجويز السلم مع انه بيع المعدوم وضمان الدرك والاستصناع والدخول الى الحمام بالاجرة مع جهالة مكثه فيه وجهالة ما يستعمل من الماء (اشباه) ومنه تجويز الاستئجار على الطاعات كالامامة والأذان وتعليم القرآن والفقه لان الاستئجار على الطاعات باطل قياساً فجوزوه للحاجة استحساناً (در مختار)

﴿المادة ٣٣﴾ الاضطرار لا يبطل حق الغير ٠ يتفرع على هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من الجوع فاكل طعام الاخر يضمن قيمته

وكذلك اذا هجم جمل هائج عَلَى رجل وكاد يقتله كان للرجل قتل الجمل لكنه اذا قتله يضمن قيمته الا انه لا ضمان عليه اذا كان هو او غيره اشهد عَلَى صاحبه من قبل ولم ينتبه (ملتقى) ومنهُ المسألة الواردة في المادة ٤٨٠

﴿المادة ٣٤﴾ ما حرّم اخذه حرّم اعطاؤُه

فأخذ الرشوة ممنوع كاعطائها ومثل ذلك الربا واجرة النائحة وكذا الوصي لا يجوز له ان يعطي شيئاً من مال اليتيم كما لا يجوز له ان يأخذه لنفسه غير انهُ اذا خاف ان يستولي ظالم عَلَى مال اليتيم كان له اداء شيءٍ ليخلصهُ (اشباه)

﴿ المادة ٣٥ ﴾ ما حرم فعله حرم طلبه

فكما ان فعل السرقة والقتل والظلم ممنوع فاجراء ذلك بواسطة اخرى ممنوع ايضاً ويخرج عن هذه القاعدة مسألة وهي ما لو ادعى دعوى صادقة فانكر الغريم فله تحليفه (اشباه) فقد جاز للمدعي هنا ان يطلب من خصمه اليمين مع انه ليس له ان يباشره بنفسه لكون الدعوى صادقة وعلة الجواز رجاء النكول فيصل المدعي الى حقه

﴿ المادة ٣٦ ﴾ العادة محكمة · يعني ان العادة عامة كانت او خاصة تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي

العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المعقولة عند الطبائع السليمة واصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (اشباه) ومما يتفرع عليها انه اذا باع حماراً ولم يذكر وقت البيع دخول البرذعة والاكاف او عدمه فيرجع في ذلك الى العرف والعادة منهُ اذا استأجر حمالاً لنقل شيء من السوق الى بيته فيعتبر في حمله الى داخل الباب العرف والعادة(خانية) ومنهُ المسائل الواردة في المواد ١٨٨ و ٢٣٠ و ٣٤٥ و ٤٩٥ و ٥٥٥ و ٦٢٢ و ٨٢٩ و ١٤١٥ من المجلة · وانما تجعل العادة حكماً في الامور التي لا نص فيها ولهذا حيث لم يرد نص باخذ واعطاء الزيتون والزيت ونحوهما كيلاً او وزناً فيرجع لدى الحاجة الى عرف الناس واما فيما ورد النص فيه فلا عبرة للعادة لانهُ على رواية الامام الاعظم ومحمد ورواية عن الامام ابي يوسف اذا تعارض العرف والنص يعتبر النص ولهذا قال في التنوير وغيره وما نص الشارع على كونه كيلياً كبر وشعير وتمر وملح او وزنياً كذهب وفضة فهو كذلك لا يتغير ابداً لان النص اقوى من العرف اه ولكن عن ابي يوسف رواية اخرى وهي اذا كان النص مبنياً على العرف والعادة فالعبرة للعرف والعادة والا فللنص وعليه حيث أن النص الوارد على أخذ الفضة والذهب وزناً والقمح والشعير والملح والتمر كيلاً كان مبنياً على عرف الناس في عصر النبي الاكرم صلى الله عليه وسلم كان عديم الاعتبار لان النص المبني على العرف والعادة يتبدل بتبدلها وقد قوى هذه الرواية بعض المحققين كالكمال ورجحها في الكافي والبحر والفتح والمنح وخرج عليها سعدي افندي استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق

وزناً (در منتقى) ونقل في رد المحتار كلام الكمال ثم قال وحاصله توجيه قول ابي يوسف ان المعتبر العرف الطارئ لانه لا يخالف النص بل يوافقه لان النص عَلَى كيلية الاربعة ووزنية الذهب والفضة مبني على ما كان في زمنه صلعم من كون العرف كذلك حتى لو كان العرف اذ ذاك بالعكس لورد النص موافقاً له ولو تغير العرف في حياته صلعم لنص على تغيير الحكم وملخصه ان النص معلول بالعرف فيكون المعتبر هو العرف اي زمن كان اه

تنبيه العادة المتعارفة في سائر البلاد تسمى العرف العام والمتعارفة فقط عند قوم او في بلدة يطلق عليها اسم العرف الخاص والحكم العام يثبت بالعرف العام وبه يتخصص النص فبيع المعدوم باطل وهذا حكم شرعي ثابت بالنص ولكن بناء على تعامل الناس في كل البلاد جوزوا الاستصناع والاجارة على خلاف القياس فلا يعمل بالنص الا فيما سوى ذلك وامثاله اما العرف الخاص فلا يثبت به الا حكم خاص مثلاً سيأتي في المادة ١٨٨ من المجلة ان البيع بشرط متعارف في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر حتى لو باع فرواً بشرط ان يخيط به الظهارة صح البيع ووجب عَلَى البائع الوفاء بالشرط ولكن لو جرى البيع بهذا الشرط في بلدة غير متعارف فيها البيع بذلك الشرط كان الشرط مفسداً والبيع فاسداً . انظر ايضاً المواد ٢٤٤ و٢٥١ و ٢٩١ و ٤٩٥ و ٥٦٩

﴿ المادة ٣٧ ﴾ استعمال الناس حجة يجب العمل بها

ان هذه المادة من تفرعات المادة السابقة ومما يتفرع عنها المواد ٣٨٨ و٣٨٩ و ٥٧٦ ومنه ما لو استعان برجل في سوق ليبيع متاعه فبعد البيع طالبه الرجل باجرته فينظر الى تعامل اهل السوق فان كانت العادة ان يعمل مثل هذا العمل بالاجرة فله اجر مثله والا فلا (بزازية) ومنه صحة وقف المنقول اذا كان متعارفاً في المحل (غرر) كوقف الكتب والنقود في زماننا

ويخرج عنها ما في الاشباه ونصه لو كان الشرع يقتضي الخصوص واللفظ يقتضي العموم يعتبر خصوص الشرع فلو اوصى لاقاربه لا يدخل الوارث اعتباراً لخصوص الشرع ولا يدخل الوالدان والولد اعتباراً للعرف اه

﴿ المادة ٣٨ ﴾ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

الامتناع اما حقيقي واما عادي فالاول امتناع الشيء ضرورة لمخالفته للعقل كاقراره لمن كان اكبر منهُ سناً انهُ ابنه اما الثاني فهو امتناع الشيء بحكم العادة فقط وكلاهما سيان فالممتنع عادة كالممتنع حقيقة وعلى هذا لو ادعى رجل معروف بالفقر بمبالغ جسيمة على آخر انهُ اقرضه اياها دفعة واحدة حال كونه لم يرث ولم يصب مالاً بوجهٍ آخر فلا تسمع دعواه لانها مما يمتنع عادة فهي كالممتنع حقيقة (در مختار) وحيث ان تكذيب جم غفير اتى للشهادة ممتنع عادة فلا تقبل البينة ضد المتواتر كما سيأتي في المادة ١٧٣٣

⁂ المادة ٣٩ ⁂ لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان

والمراد ان الاحكام المبنية على العرف والعادة لا على النص والدليل تتبدل مع تبدل العرف والعوائد التي بنيت عليها فانهُ كان عند الفقهاء المتقدمين اذا احد اشترى داراً ورأى احد بيوتها سقط خيار رؤيته وذلك لان حجر الدور في عهدهم كانت تبنى على نمط واحد فلما تبدلت الاعصار وصارت بيوت المنازل تبنى على نسق مختلف بالشكل والقدر صار لا بد من رؤية حجر الدار كلها كي يسقط خيار الرؤية . كذلك بمقتضى المادة ٥٦٩ من المجلة لا يجب على الغاصب ضمان منافع المغصوب ولكن لما نظر الفقهاء طمع الناس بمال الوقف واليتيم افتوا بالضمان في منافعهما صيانة لاموال الاوقاف واليتامى انظر المادة ٥٩٦ وفي مقدمة المجلة تحرير فاخر يتعلق بهذه المادة فراجعهُ .

⁂ المادة ٤٠ ⁂ الحقيقة تترك بدلالة العادة

يتفرع عليها انه لو قال الرجل لخادمه اشعل الفنار كان عليه ان يشعل الشمعة التي في الفنار ولو أشعله فاحترق ضمن لان مفهوم كلام الآمر بحسب العرف اشعال الشمعة لا الفنار اذ غرض الآمر إشعالها لا اشعاله ومنها ان الفقيه لا يطلق عند الفقهاء الا على المجتهد وهو الذي يستخرج الاحكام من دلائلها واطلاقه على المقلد الحافظ للمسائل مجاز ولكن لو اوقف رجل ماله او اوصى به للفقهاء يدخل فيهم المقلد لان لفظ الفقيه يطلق عليه عرفاً فينصرف كلام الواقف او الموصي الى ما هو المتعارف في زمنه لانه حقيقة كلامه العرفية فتترك به الحقيقة الاصلية (رد محتار) كذلك سيأتي في المادة ١٥٨٤ ان الاقرار المعلق بالشرط باطل الا اذا علق بزمانٍ يصلح ان

يكون أجلاً للدين في عرف الناس فانه يحمل حينئذ على الاقرار بالدين المؤجل فالمعنى الحقيقي في قولك اذا جاء اول الشهر الفلاني فلك عندي الف درهم هو تعليق الاقرار بالشرط فعدل عنه بدلالة العادة الى الاقرار بدين مؤجل الى ذلك الوقت

﴿ المادة ٤١ ﴾ انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت

فاذا استأجر خياطاً كانت الابرة والخيط على الخياط عملاً بالعرف وفي استئجار الكاتب القلم والحبر عليه وعلف الدابة على المؤجر حتى لو تركها المستأجر بدون طعام فهلكت جوعا لا ضمان عليه ولو شرطا علف الدابة على المستأجر فسدت الاجارة بخلاف استئجار الظئر بطعامها وكسوتها فانهُ جائز للعرف (اشباه)

﴿ المادة ٤٢ ﴾ العبرة للغالب الشائع لا للنادر

هذه المادة والتي قبلها عبارة عن شروط العادة التي تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي فمن شروطها ان تكون غالبة مطردة ولهذا قدر الفقهاء سن البلوغ بالسنة الخامسة عشرة لانها السن الذي يبلغ الاولاد فيه غالباً فمن خرج منهم عن هذه القاعدة كان نادراً لا يعتد بهِ ولهذا ايضاً قدروا مدة الحضانة بسبع سنين للصغير وتسع سنين للصغيرة لانهم صرحوا بترك الغلام عند امه حتى يستغني عنها بان ياكل ويشرب ويستنجي وحده و بترك الصغيرة عند امها حتى تصير مشتهاة وحيث ان ذلك يتفاوت بالنظر الى الاولاد والزمان والمكان فقد عينوا مدة هي الاصح في الغالب وهي سبع سنين للصغير وتسع للصغيرة كما تقدم وبه يفتى كما في مجمع الانهر وغيره لانهُ غالباً تصير الابنة مشتهاة والصغير قادراً على مفارقة امه عند بلوغهما هذين العمرين ومن شذَّ عن هذه القاعدة كان نادراً لا عبرة له لان العبرة للغالب الشائع لا للنادر ومن شروط العادة ايضاً ان تكون جارية قبل وقوع الحادثة فالعرف الطارئ بعد وقوعها لا عبرة له (اشباه)

﴿ المادة ٤٣ ﴾ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

يتفرع عليها مسائل منها لو دفع ابنه الى حائك ليتعلم النسج ولم يشترط الاجر على احدهما فلما تعلم العمل طلب الاستاذ الاجر من الاب والاب من الاستاذ ينظر الى عرف اهل تلك البلدة فان كان العرف يشهد للاستاذ يحكم له باجر مثل تعليم ذلك العمل على الاب و ان كان العرف يشهد للاب فباجر مثل الولد على الاستاذ (درر)

ومنها لو دفع ثوبه الى خياط ليخيطه او الى صباغ ليصبغه ولم يعين له اجرة فان كان العامل ممن يعمل بالاجرة استحق اجر المثل والا فلا ومثل ذلك النزول في الخان والدخول الى الحمام واستعمال المال المعد للاستغلال اي انه يجب فيها اجر المثل اذا لم تشترط الاجرة. ومنها ان اكثر اهل السوق اذا استأجروا حارساً وكره الباقون فان الاجرة تؤخذ من الكل وكذا في منافع القرية اه . والكل من الاشباه ومنها اذا دفع السمسار الثمن للبائع من ماله كان له ان يرجع به على المشتري لانهُ جرت العادة ان السمسار يدفعه من ماله حتى يرجع على المشتري فصار كما لو احاله البائع على المشتري نصاً ولو عجز السمسار عن اخذ الثمن من المشتري لافلاسهِ له ان يسترده من الآخذ استحساناً (هندية) كذلك انظر المواد ٢٣٠ و ٤٧٢ و ٥٥٤ و ٥٧٦ و ١٣٢٩

المادة ٤٤ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

مثلاً لو اشترى شيئاً من السوق بثمن معلوم ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم ان البائع يأخذ كل جمعة او كل شهر جميع الثمن او بعضاً معيناً منه انصرف اليهِ بلا بيان لانه حيث كان ذلك متعارفاً عند التجار فصار كانهما قد اتفقا عليه كذلك انظر المواد ٢٥١ و ١٣٤٠ و ١٤٩٨

المادة ٤٥ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

فلو استأجر حجرة في دار اجارة مطلقة لم يقيدها بنوع من الانواع كان له ان يسكنها ويضع فيها أمتعته وليس له استعمالها بما يخالف العادة كأن يشتغل فيها بصنعة الحدادة ونحوها لان التعيين بالعرف كالتعيين بالنص وكذا ليس للوكيل بالبيع ولو كانت وكالته مطلقة ان يبيع نسيئة الى اجل بعيد غير مألوف بين الناس كما سياتي في المادة ١٤٩٨ ولو لم ينهه الموكل عن ذلك كما ليس له بمقتضى المادة ١٤٩٩ ان يبيع نصف المال الذي في تبعيضهِ ضرر لان العرف يقتضي البيع الى أجل مألوف كما يقتضي خلوه من ضرر يلحق الموكل كضرر الشركة في صورة بيع البعض كذلك انظر المواد ٥٢٧ و٥٢٨ و ٨١٦

المادة ٤٦ اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع . وبناء عليه

ليس للراهن ان يبيع المال المرهون عند دائنه من آخر

ولهذا لا يسوغ لاحد التصرف في ملكهِ اذا تعلق فيهِ حق الغير او كان يضر بجاره ضرراً بيناً مثال الاول اذا باع الراهن الرهن من اخر بدون اذن المرتهن كان بيعه موقوفاً عَلَى اجازة المرتهن لان كون الرهن ملكهُ يقتضي نفوذ البيع وتعلق حق المرتهن بالرهن مانع لنفوذه في الحال فيقدم المانع ومثل ذلك لو باع المؤجر المأجور بدون اذن المستاجر ومثال الثاني اذا كان العلو لواحد والسفل لاخر فلا يجوز لاحدهما ان يهدم او يفعل شيئاً في ملكهِ مما يضر بالآخر الا باذنهِ انظر المواد ٥٩٠ و ١١٩٢ و ١٧٢٥ ويخرج عن هذه القاعدة ما سيأتي في المادة ١٠٨١ من انه اذا غاب احد الشريكين في الدار المشتركة فللشريك الحاضر ان يسكنها كلها فسكنى الحاضر هي المقتضى وحصة الغائب هي المانع من السكنى فقدم هنا المقتضى على المانع

﴿ المادة ٤٧ ﴾ التابع تابع · فاذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً

اي وان لم يذكر وقت العقد لان التابع للشيء في الوجود تابع له في الحكم ومثل ذلك اذا باع ارضاً دخل فيها البناء والاشجار المغروسة لتبقى مستمرة فيها (ملتقى) وكذا لما كانت زوائد المرهون والمغصوب تابعة لهما في الوجود كانت ايضاً تابعة لهما في الحكم فهي من ثم ملك الراهن والمغصوب منه كما سترى في المادتين ٧١٥ و٩٠٣

﴿ المادة ٤٨ ﴾ التابع لا يفرد بالحكم · فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن امه

ومثل ذلك حق الشرب وحق المرور وحق المسيل لا يجوز بيعها منفردة (تنوير) واذا بيع التابع تبعاً لمتبوعه فلا يقابله شيء من الثمن كما سيأتي في المادة ٢٣٤ فلو اشترى فرساً حاملاً وقبل قبضها ولدت وهلك فلوها فلا يسقط شيء من الثمن ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها ان الحمل يرث اذا خرج اكثره حياً ويورث فتقسم غرته بين ورثته اذا احد ضرب بطن امه فالقته ومنها انه يصح الايصاء به فلو اوصى لاحد بحمل دابته صحت الوصية ويجوز ايضاً الاقرار له اذا بين المقر سبباً صالحاً وولد الحمل لاقل من ستة اشهر بعد الاقرار وتجوز الوصية له اذا ولد لاقل من المدة المذكورة ويصح الاقرار به وان لم يبين له سبباً اذا ولد في مدة يتصور فيها عند

اهل الخبرة في البهائم . وخرج عن هذه القاعدة ايضاً ما لو ابطل المدبون الاجل فانه يبطل و يبقى الدين مع ان الاجل صفة للدين والصفة تابعة لموصوفها فلا تفرد في الحكم وكذا لو اسقط الجودة صح لانها حقه ولو أبرأ الدائن الكفيل او اسقط حقه في حبس الرهن صح مع ان الكفيل والرهن تابعان للدين وهو باقٍ (اشباه ملخصاً)

✻ المادة ٤٩ ✻ من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته . فمن اشترى داراً ملك الطريق الموصل اليها

واذا اشترى قفلاً دخل فيه مفتاحه ولو اشترى بقرة لاجل حليبها دخل رضيعها في البيع وان لم يذكر كما سيأتي في المادة ٢٣١ لانه لولا ذلك لما امكن المشتري ان ينتفع من مشريه اذ كيف يتأتى له دخول الدار والخروج منها اذا لم يكن لها طريق

✻ المادة ٥٠ ✻ اذا سقط الاصل سقط الفرع

فلو ابرأ الدائن الاصيل برئ الكفيل ايضاً واذا أبرأ مديونه من الدين سقط الدين وفائدته واذا مات الموكل او جنَّ جنوناً مطبقاً سقطت وكالة الوكيل اذا لم يتعلق بها حق الغير انظر المواد ١٥٣٠ و ١٥٢٧ و ٦٦٢ و ٧٦٠

✻ المادة ٥١ ✻ الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود

يتفرع عليها مسائل منها اذا كان لرجل حق المرور في ملك آخر فاسقط حق مروره او اذن صاحب الارض ان يبني في محل مروره سقط حق المرور ولا تسمع دعواه به بعد ذلك كما سيأتي في المادة ١٢٢٧ ومنها لو ابرأ الدائن مديونه من الدين الذي عليه سقط الدين ولا تسمع الدعوى به ولو اقر المديون به بعد الابراء بخلاف الاقرار بالعين بعد ان ابرأه خصمه ابراء عاماً فان الاقرار بها صحيح فيؤمر المقر بدفعها الى المقر له لامكان تجدد الملك فيها بخلاف الدين لكونه وصفاً قد سقط فلا يعود بالاقرار واما لو انكر الدائن الابراء الذي ادعاه مديونه وقال انك اقررت بهذا الدين بعد دعواك اقراري بالابراء فتسمع دعواه (حامدية ملخصاً) ومنها لو ردت شهادة رجل لعلة ثم زالت العلة فاعاد الشهادة في تلك الحادثة لا تقبل الا في الصبي والاعمى اذا ردت شهادتهما بسبب القصر والعمى فبلغ الصبي وابصر الاعمى قبلت (اشباه) كذلك انظر المواد ١٥٥٨ و ١٥٦٢ و ١٥٦٣ و ١٥٦٤ و ١٥٦٥

﴿ المادة ٥٢ ﴾ اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه

ومثلها قولهم اذا بطل المتضمن بطل المتضمَّن فاذا فسد الصلح والبيع بطل ما وقع في ضمنهما من الاقرار والابراء بين المتعاقدين انظر المادة ١٥٦٦ ومثل ذلك لو قال لرجل بعتك دمي بالف فقتله وجب القصاص لان الاذن بالقتل نشأ عن بيع دمه وهو باطل فبطل الاذن الذي في ضمنه · ولو قال له اقتلني فقتله لزمته الدية دون القصاص كذا في خزانة المفتين · ولو اجر الموقوف عليه ارض الوقف ولم يكن ناظراً لم يصح فلو اذن المستاجر في العمارة فعمر لم يرجع على احد وكان متطوعاً لانه لما بطلت الاجارة بطل ما في ضمنها من الاذن · ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها لو صالح الشفيع عن حق شفعته بمال لم يصح ولكن كان صلحه مسقطاً لحق شفعته مع ان المتضمن للاسقاط الصلح وقد بطل ولم يبطل ما في ضمنه · وكذا لو باع شفعته بمال لم يصح وتبطل شفعته فقد بطل المتضمن ولم يبطل المتضمن (اشباه)

﴿ المادة ٥٣ ﴾ اذا بطل الاصل يصار الى البدل

فاذا تعذر رد عين المغصوب بسبب هلاكه ضمن الغاصب مثله ان كان مثلياً وقيمته يوم الغصب ان كان قيمياً انظر المادة ٨٩١ و ٤٨٩

﴿ المادة ٥٤ ﴾ يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع · فلو وكل المشتري البائع بقبض المبيع لا يجوز اما لو اعطى البائع جولقاً ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل كان ذلك قبضاً من المشتري

انما لا يجوز التوكيل في الصورة الاولى لان التسليم والتسلم لا يتمان من جانب واحد بل من الجانبين اذ لا يصح عقلاً ان يكون الشخص الواحد مسلماً ومتسلماً كذلك لا يجوز بيع حق الشرب وحق المسيل وحق المرور قصداً بل يجوز بيعها تبعاً للارض انظر المادة ٢١٦ كذلك لو شرى ما لم يره ووكل وكيلاً بالقبض فاسقط الوكيل خيار الرؤية بالقول لا يسقط ولو قبض المبيع ورآه سقط خيار رؤية موكله (اشباه) انظر ايضاً المادة ٣٣٣ وكذا لو امر المشتري البائع بطحن الحنطة ففعل كان ذلك قبضاً (هندية)

﴿المادة ٥٥﴾ يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء · مثاله أن هبة الحصة الشائعة لا تصح لكن اذا وهب رجل عقاراً من آخر فاستحق منه حصة شائعة لا تبطل الهبة في حق الباقي

والمراد هنا بالهبة هبة الحصة الشائعة فيما يقسم اما ما كان غير قابل القسمة فهبة الحصة الشائعة منه صحيحة ابتداء وبقاء كما سيأتي في شرح المادة ٨٦١ ومن فروع هذه المادة ان اجارة المشاع فاسدة ولكن لو اجر بيتاً ثم استحق منه قسم شائع · فتبقى الاجارة في الحصة الباقية وكذا لو آجر الكل ثم فسخ الاجارة في بعض شائع جازت الاجارة فيما بقي لان الشيوع الطارئ لا يفسدها (در منتقى) ومن هذا القبيل لو استخلف القاضي رجلاً مع ان الامام لم يأذن له بالاستخلاف لم يجز ولكن لو حكم خليفته وهو يصلح ان يكون قاضياً واجاز القاضي حكمهُ جاز ومنه ان الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل به ويملك اجازة بيع الفضولي (اشباه)

﴿المادة ٥٦﴾ البقاء اسهل من الابتداء

هذه القاعدة اصل المادة السابقة يعني ان ما لا يجوز ابتداء يجوز بقاء لان البقاء اسهل من الابتداء فلو كان لرجل داران على جانبي الطريق فاراد ان ينشيء جسراً من الواحدة الى الاخرى يمنع ولكن لا يهدم بعد انشائه ان لم يكن فيه ضرر على المارين كما سيأتي في المادة ١٢١٣

﴿المادة ٥٧﴾ التبرع لا يتم الا بالقبض · فاذا وهب احد لآخر شيئاً لا تتم هبتهُ الا بقبضهِ

سواء كانت الهبة بشرط العوض او بدونه فلو اراد الواهب الرجوع كان له ذلك بدون رضى الموهوب له ولو وجد مانع من الرجوع لعدم تمام الهبة بالقبض انظر المادتين ٨٤٩ و ٨٦٠ اما الوصية فانها تتم بدون حاجة الى القبض ولو كانت تبرعاً لانها تمليك مضاف الى ما بعد موت الموصي فقبض الموصى به في الحال غير ممكن ومن ثم يملكهُ الموصى له بعد موت الموصي بمجرد قبوله الوصية

﴿المادة ٥٨﴾ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

لما كان لامام المسلمين ولاية نظارة عَلَى عموم الرعية في الامور العامة كان تصرفه عَلَى الرعية منوط بالمصلحة ولهذا يجب ان تكون اوامر السلطان واولي الامر والنهي موافقة لمصالح الرعية لان السلطان انما أُعطي السلطة من الله تعالى لاجل صيانة دم عباده ووقاية عرضهم واموالهم ومما يتفرع على هذه القاعدة ان للوالي ان يعطي من طريق الجادة احداً ليبني عليه اذا كان لا يضر بالعامة وان كان يضر ليس له ذلك وقد قالوا ايضاً ان للسلطان ان يجعل ملك الرجل طريقاً عند الحاجة (خانية) كذلك انظر المادتين ٩١٩ و١٢١٦ وكذا تصرف القاضي فيما له فعله في اموال اليتامى والتركات والاوقاف فانه مقيد بالمصلحة فان لم يكن مبنياً عليها لا يصح (اشباه) فمن ذلك انه لا يصرف فائض وقف لوقف آخر اتحد واقفهما او اختلف كما في الدرر بل ان القاضي او متولي الاوقاف يشتري بالفائض مستغلاً للوقف الفائض عنه كما في الهندية ومنه ما سيأتي في المادة ٦٥٨ من ان احتيال الولي بمال الصغير لا يصح الا اذا كان المحال عليه املأ من المحيل ومن هذا القبيل لو مال حائط الى طريق العامة فاشهد واحد على مالكه طالباً هدمه ثم أبرأه القاضي من ذلك لا يصح (اشباه) وكذا لا يصح ايضاً تاجيل القاضي لو امهله في الهدم لان الحق ليس له (جامع الفصولين)

﴿ المادة ٥٩ ﴾ الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة · فولاية المتولي على الوقف اولى من ولاية القاضي عليه

الولاية هي نفوذ التصرف على الغير وهي قسمان عامة كولاية القاضي على الايتام والمجانين والاوقاف وخاصة كولاية الوصي ومتولي الوقف · والولي الخاص صنفان الاول ولي المال وسيأتي بيانه في المادة ٩٧٤ والثاني ولي النكاح وهو اولاً العصبة بنفسه ثم الام ثم الاخت لابوين ثم الاخت لاب ثم الاخت لام ثم ذوي الارحام فاذا كان للصغير وصي وللوقف متولي فلا يجوز للقاضي ان يتصرف في مالها ولا ينفذ تصرفه ولو كان الوصي او المتولي من قبله (اشباه) ولكن لو ثبت لديه خيانة متولي الوقف او وصي الصغير فبحسب ولايته العامة يضيف اليهما متولياً او وصيا آخر او يعزلها ويقيم مقامهما قيماً مستقيماً ووصياً اميناً كما في الدر المختار وغيره و يخرج عن هذه القاعدة ما لو كان للصبي او للمعتوه اب او وصي فاذن القاضي للصبي او للمعتوه في

التجارة وابى الاب او الوصي فاذن القاضي نافذ ولو كانت ولايته موَّخرة عن ولاية الاب والوصي(هندية) انظر المادة ٩٧٥

﴿المادة ٦٠﴾ اعمال الكلام اولى من اهماله · يعني لا يهمل الكلام ما امكن حمله على معنى

يعني طالما يمكن حمل الكلام الصادر من الرجل العاقل على معنى حقيقي او مجازي فلا يهمل مثلاً لو وقف ماله على اولاده وليس له الا اولاد الاولاد حمل المعنى عليهم صوناً للفظ عن الاهمال عملاً بالمجاز (اشباه)

﴿المادة ٦١﴾ اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز

مثلاً اذا اقر من لا وارث له لمن ليس من نسبه واكبر منه سناً بانه ابنه ووارثه ثم توفي المقر فحيث لا يمكن حمل كلامه هذا على معناه الحقيقي فيصار الى المجاز وهو معنى الوصية و ياخذ المقر له جميع التركة

﴿المادة ٦٢﴾ اذا تعذر اعمال الكلام يهمل · يعني اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي او مجازي اهمل

هذه الماده تتمة المادتين السابقتين ومما يتفرع عليها انه اذا اقر لزوجته التي هي من نسب آخر معروف واكبر منه سناً بانها ابنته فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقي لانها اكبر منه سناً ومن نسب معروف ولا على معنى مجازي اي معنى الوصية لكونها وارثة له والوصية للوارث لا تصح ولذلك يهمل كلامه ولا يعتبر

﴿المادة ٦٣﴾ ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

فاذا عفى عن القاتل احد اولياء القتيل او صالحه على مال سقط القصاص وانقلب حق باقي الورثة الى الدية فتقضى منها ديون المقتول وتنفذ وصاياه (الفتاوى عن التاتارخانية) وفيه عن القنية لو اسقط ولي القتيل نصف القصاص سقط كله اه· اي لان القصاص لا يتجزأ ولكن لو قتل رجلان رجلاً فعفى الولي عن احدهما كان له ان يقتل الاخر وكذا لو قتل رجل رجلين فعفى ولي احد المقتولين فلولي الاخر ان يقتله (خانية) وكذا كما ان الشفعة تبطل بتسليم الشفيع كل المبيع كذلك تبطل

ايضاً بتسليمه البعض فلو ترك الشفيع شفعته بنصف الدار وطلب النصف الآخر بحق شفعته بطلت شفعته بالكلية لان حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً اذ ان الشفيع يملكه كما ملكهُ المشتري والمشتري لا يملك البعض لان فيه تفريق الصفقة فلا يتجزأ اسقاطاً فيكون ذكر بعضه كذكر كله (مجمع الانهر) كذلك انظر المادة ١٠٤١ وشرح المادة ١٦٧٥ اما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله فلو كفل له بنصف دينه فلا يعد كفيلاً بالكل بل بالنصف لان مقدار الدين ما يتجزأ ولو ابرأ مديونه من نصف الدين برئ من نصفه فقط

﴿ المادة ٦٤ ﴾ المطلق يجرى على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالةً

فالوكيل بالبيع اذا كانت وكالته مطلقة يجوز لهُ ان يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً كما سيأتي في المادة ١٤٩٤ ولكن لو عين له الموكل ثمناً معلوماً لا يجوز لهُ حينئذٍ ان يبيع المال باقل منه كما سترى في المادة ١٤٩٥ لان دليل التقييد قام نصاً فلا تجوز مخالفته وكذا لو وكل رجلاً بشراء شيءٍ معين ولم يبين لهُ الثمن كان للوكيل ان يشتريه بثمن المثل او بغبن يسير ولكن لا يجوز لهُ ان يشتريه بغبن فاحش وان فعل وقع الشراء له كما سيأتي في المادة ١٤٨٢ وذلك لان وكالته وان كانت مطلقة الا انها مقيدة دلالة بعدم التجاوز الى الغبن الفاحش انظر ايضاً مواد ٨١٧ و٨١٩ و ٨٢٠ و١٤٧٤ و١٤٧٨ و ١٤٨٢ و ١٤٨٣ و ١٤٨٤

﴿ المادة ٦٥ ﴾ الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

اعلم ان معرفة البدل شرط في العقود التي هي عبارة عن مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة ومعرفة البدل تكون اما بالاشارة ان كان حاضراً واما بتسميته ووصفه على وجه يميزه عن غيره اذا كان غائباً فتعريفه بالاشارة في الاشياء التي هي من جنس واحد ابلغ من تعريفه بالتسمية والوصف واما في الاشياء ذات الجنسين فالامر بالعكس اي ان تعريف البدل فيها بالوصف والتسمية ابلغ من تعريفه بالاشارة فاذا اجتمعت الاشارة والتسمية بالبدل الواحد فان كان البدل المشار اليه من جنس المسمى ولا يختلفان الا بالوصف فقط فالوصف لغو والاشارة معتبرة

مثلاً لو اراد البائع بيع فرس اشهب حاضر في المجلس وقال في ايجابهِ بعت هذا الفرس الادهم واشار اليه وقبل الشاري صح البيع والغي وصف الادهم

وا.ما اذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى بل من آخر فالعبرة للمسمى ولا عبرة للاشارة وحينئذٍ يبطل البيع فلو باع فصاً مشاراً اليه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع لاختلاف الجنس (اشباه ملخصاً) وفي الدر المنتقى والعبرة للمسمى عند اختلاف الجنس اذا لم يعلما ان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فاما اذا علما به فالعبرة للمشار اليهِ فلو قال بعت منك هذا الحمار واشار الى عبد نائم بينهما انعقد البيع على العبد ولكن اذا لم يكن المبيع مشاراً اليه بل معرفاً بالتسمية والوصف فقط فالعبرة حينئذٍ للوصف كما

لو باع فرساً غائباً وذكر انهُ اشهب والحال انهُ ادهم لا ينعقد البيع

والصواب انه ينعقد ولا يكون لازماً كما سيأتي في المادة ٣١٠ ومن هذا القبيل لو باع فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر انه ياقوت اصفر صح البيع ويخير المشتري انظر المادة المذكورة

﴿ المادة ٦٦ ﴾ السؤال معاد في الجواب يعني ان ما قيل في السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد اقر بهِ

مثلاً لو سأل الحاكم المدعى عليه قائلاً ان المدعي يدعي عليك بالف ديناً من جهة كذا فماذا تجيب فاجاب نعم فيكون قد اقر بالالف وكذا لو قال له اليس للمدعي عندك المبلغ الذي يدعيه فاجاب بلى يكون اقراراً وان اجاب نعم لا يكون اقراراً لان جواب الاستفهام في النفي ببلى اثبات وبنعم نفي فكأنه قال ليس له عندي وقيل ان اجاب بنعم يكون اقراراً ايضاً لان الاقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية (در مختار) وفيه لو قال اعطني ثوب عبدي هذا او افتح لي باب داري هذا او جصص لي داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان اقراراً منه بالعبد والدار والدابة اه

﴿ المادة ٦٧ ﴾ لا ينسب الى ساكت قول · يعني انهُ لا يقال لساكت انهُ قال كذا

فلو رأى اجنبياً يبيع ماله فسكت لا يعد سكوته اجازة او توكيلاً ولو رأى القاضي الصبي او المعتوه يبيع ويشتري فسكت لا يكون سكوته اذناً في التجارة ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن لا يكون سكوته اجازة ولا يبطل الرهن ولو رأى غيره يتلف مالهُ فسكت لا يكون اذناً باتلافهِ (اشباه) انظر ايضاً مادتي ٨٠٤ و ١٨٢٢

ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان · يعني ان السكوت فيما يلزم التكلم بهِ اقرار وبيان

ويتفرع عن ذلك مسائل منها ان سكوت المقر لهُ والمبرأ والوكيل والوديع يعد قبولاً ما لم يردوا ذلك صراحةً لان حينئذٍ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح انظر المواد ٧٧٢ و ٧٧٣ و ١٤٥١ و ١٥٦٨ و ١٥٨٠ وسكوت الشفيع عند علمهِ بالبيع دلالة على رضاه بهِ ويسقط حق شفعته انظر المادة ١٠٣٢ وسكوت المشتري قبل البيع عند اخباره بالعيب رضى بالعيب انظر المادة ٣٤١ ولو وكل رجلا بشراء شيء معين ثم رآه يشتريه لنفسه وسكت كان الشراء للوكيل انظر المادة ١٤٨٥ ولو راى الولي الصغير المميز يبيع و يشتري ولم يمنعه وسكت يكون سكوته اذناً في التجارة دلالة انظر المادة ٩٧١ ولو وهب الدين ممن عليه الدين وسكت الموهوب له صحت الهبة ولو ردّ ارتدت انظر المادة ٨٤٧ ومنها السكوت في الاجارة قبول ورضا كقولهِ لساكن داره اسكنها بكذا والا فانتقل فسكت و بقي ساكنا لزمهُ الاجر المسمى انظر المادة ٤٣٨ ومنها لو رأى قريبه او زوجته يبيع شيئاً على انه ملكهُ فسكت كان سكوته اقراراً بأن المبيع ليس له انظر المادة ١٦٥٩ ومنها اذا وجبت اليمين على احد فكلفه الحاكم بها فسكت بدون عذر كان سكوته نكولاً انظر المادة ١٧٥١ ومنها سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع لقبض الثمن حين رأى المشتري قبض المبيع اذن بقبضهِ انظر المادة ٢٧٦ ولا فرق فيما اذا كان البيع صحيحاً او فاسداً (اشباه) ومنها رأى اجنبياً يبيع عرضاً او داراً على انها ملكه وتصرف فيها المشتري زماناً تصرف الملاك وهو ساكت تسقط دعواه انظر المادة ١٦٥٩ فهذه اربع عشرة مسألة مذكورة

في المجلة ويتبعها مسائل مذكورة في الاشباه وهي ١٥ سكوت المتصدق عليه قبول لا الموهوب نه ١٦ سكوت المالك عند قبض الموهوب لهُ او المتصدق عليه اذن بالقبض ١٧ سكوت المفوض اليه القضا او الولاية قبول ويرتد برده ١٨ سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده ١٩ سكوت احد المتبائعين في بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لي ان اجعله بيعاً صحيحاً رضا وقبول ٢٠ سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته اقرار بالولد فلا يملك نفيه ٢١ احد شريكي العنان قال للاخر انني اشتري هذه الامة لنفسي خاصة فسكت الشريك لا تكون لهما بل للمشتري اما في المفاوضة فلا بد من النطق ٢٢ سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه رضا ولكن اعترض عليه بما لو رأى غيره يتلف مالهُ فسكت لا يكون اذناً باتلافه ٢٣ اذا دفعت المرأة في تجهيز بنتها اشياء من امتعة الاب وهو ساكت ليس لهُ الاسترداد ٢٤ سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة رضا اه ٢٥ اوصى الى رجل فسكت في حياته فلما مات باع الوصي بعض التركة او تقاضى دينه فهو قبول للوصاية (حموي)

☀ المادة ٦٨ ☀ دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامهُ· يعني انهُ يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليهِ

فاذا ثبت القتل عمداً يحكم على القاتل بالقصاص والقتل عمدًا هو ان يقصد القاتل ضرب المقتول بما يفرق الاجزاء كالسلاح ونحوه ولكن لما كان القصد من الامور الباطنة لانه من اعمال الفكر كان الاطلاع عليه متعسراً فيقام دليله اي استعمال الالات المفرقة الاجزاء مقامه وعليه يبنى الحكم ولهذا لو شهد الشهود بان القاتل ضرب المقتول وجرحه بآلة جارحة كالسلاح ونحوه يثبت القتل العمد وان لم يصرحوا بانه قتله عمداً ولكن لو قتل رجلا بما لا يفرق الاجزاء عادة لكنهُ يقتل غالباً فهو شبه عمد لا قصاص فيهِ عند الامام الاعظم (اشباه) وكذا لو اطلع المشتري على عيب في حيوان اشتراه فاخذ يداويه لا يبقى لهُ ان يرده بالعيب لان المداواة دلالة على رضاه بالعيب انظر المادة ٣٤٤ ثم لقد ورد في شرح المادة الثانية انه اذا تناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها فلا يضمن لو ضاعت منه بدون تقصيره ولما كانت النية من الامور الباطنة والاطلاع عليها متعذر فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة كاعلان الملتقط انه وجد لقطة انظر المادة ٧٠٠

✻ المادة ٦٩ ✻ الكتاب كالخطاب

انظر الباب الرابع من كتاب الاقرار ويتفرع على هذه القاعدة ما يتم من العقود بواسطة المكاتبة بين رجلين كل منهما في بلدة ولكن يشترط في المكاتبة ان تكون سالمة من شبهة التزوير

✻ المادة ٧٠ ✻ اشارة الاخرس المعهودة كالبيان باللسان

وذلك لانه لما كان الاخرس لا يستطيع التكلم جعلوا اشارته المعهودة كالبيان باللسان لئلا يحرم الحقوق المدنية انظر المواد ١٧٤ و ١٥٨٦ و ١٧٥٢ ويشترط ان يكون القاضي عالماً باشارة الاخرس والا فيجب ان يستخبر ممن يعرفها من اصدقائه وجيرانه واخوانه فيترجم له حتى يحيط علماً بذلك وينبغي ان يكون المترجم عدلاً مقبول القول وتعتبر اشارة الاخرس ولو كان مقتدراً على الكتابة وهو المعتمد لان كلاًّ منهما حجة ضرورية (رد محتار) واعلم ان اشارة الاخرس تعتبر كالبيان في وصية واقرار وبيع وشراء ونحوها من الاحكام لا في حد وشهادة لان الحدود تدرأُ بالشبهات ولفظ الشهادة لا يتحقق منه واما اشارة معتقل اللسان (وهو الذي يحتبس لسانه عن الكلام ولا يقدر عليهِ) فلا تعتبر الا اذا امتدت عقلتهُ وقد اختلفوا في تقدير مدتها فقدَّرها الامام الاعظم حتى وفاته وقدرها التمرتاشي بسنة والقول الاول مقدر بسنة وان لم يتصل بها الموت (رد محتار وطحطاوي)

✻ المادة ٧١ ✻ يقبل قول المترجم مطلقاً

فاذا كان الحاكم لا يفهم لغة المتداعيين والشهود فيحاكم ويستشهد بواسطة الترجمان الحاذق العالم باسرار اللغتين وغوامضهما و يقبل قوله مطلقاً والمراد بالاطلاق انه يقبل قولهُ في الحدود وغيرها كما في الاشباه وحسبه ان يكون واحداً عَلَى قول الامامين خلافاً لمحمد (در مختار) ولكنه يشترط ان يكون بصيراً وعدلاً

✻ المادة ٧٢ ✻ لا عبرة بالظن البين خطأُوه

فلو ظن ان عليه ديناً فاداه ثم بان خلافه يرجع بما ادَّى (اشباه) وكذا اذا دفع الكفيل الدين وكان الاصيل قد اداه او ابرأَه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع وكذا لو ادى الاصيل ولم يكن عالماً باداء الكفيل فانهُ يرجع لانهُ

ظن المال باقياً بذمته فظهر خطاؤه ولا عبرة بالظن البين خطاؤه . وكذا لو مات زيد عن ابن بالغ ولم يخلف شيئاً فزعم عمرو ان لهُ ديناً على الميت وطلبه من ابنه فدفعه لهُ ظاناً انه عَلَى ابيه ثم ظهر ان ليس لعمرو على زيد دين اصلاً فللابن ان يرجع عليه بمال اداه لان لا عبرة بالظن البين خطاؤه (حامدية) ومن هذا القبيل ما في الخانية رجل قال لرجل لي عليك الف درهم فقال ان حلفت انها لك عليَّ اديتها اليك فحلف فاداها اليه ذكر في المنتقى انه ان دفعها اليه على الشرط الذي شرطا كان لهُ ان يستردها منه اه

وفي حاشية الاشباه للحموي من دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده الا اذا دفعه على وجه الهبة واستهلكهُ القابض اه

✵ المادة ٧٣ ✵ لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل . مثلاً لو اقر رجل لاحد ورثته بدين فان كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقهُ باقي الورثة وذلك لان احتمال كون المريض قصد بهذا الاقرار حرمان سائر الورثة مستند الى دليل وقوعه في المرض واما اذا كان الاقرار في حال الصحة جاز لانهُ اذا كان من المحتمل ان المورث اراد حرمان سائر الورثة فذلك احتمال مجرد ونوع من التوهم فلا يمنع صحة الاقرار

انظر المواد ٣٩٣ و ٣٩٤ و ٣٠٥ و ٨٧٩ و ٨٨٠ والفصل الثالث من الباب الثالث من كتاب الاقرار

✵ المادة ٧٤ ✵ لا عبرة للتوهم

فلو احدث رجل في داره شباكاً اعلى من قامة الانسان فليس لجاره ان يمنعه عن ذلك لتوهمه انهُ ربما يضع سلماً و ينظر الى مقر نسائه انظر المادتين ١٢٠٣ و ١٧٤١

✵ المادة ٧٥ ✵ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

فكما ان المدعى عليه يلزم باقراره اذا اقر لدى الحاكم كذلك اذا ثبت انهُ اقر قبلاً بالمدعى بهِ واتضح ذلك بالبينة العادلة او بسند مرسوم حاوٍ امضاه او ختمه وخالٍ من شبهة التزوير فيلزم حينئذٍ بهذا الاقرار انظر المادة ١٦٧٤ والباب الرابع من كتاب الاقرار

﴿ المادة ٧٦ ﴾ البينة على المدعي واليمين على المنكر

والحكمة في ذلك ان جانب المدعي ضعيف لان دعواه خلاف الظاهر فكانت الحجة القوية عليه وهي البينة لانها لا تجلب لنفسها نفعاً ولاتدفع عنها ضرراً فيتقوى بها ضعف المدعي وجانب المدعى عليه قوي لان الاصل فراغ ذمته فاكتفى فيه بحجة ضعيفة وهي اليمين لان الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة كذا في تكملة رد المحتار وبناء على هذه القاعدة اذا ادعى على آخر ديناً وجب عليه اثباته بالبينة وان تعذر وجب اليمين على المدعى عليه وكذا لو اشترى شيئاً ثم طالبهُ البائع بالثمن مدعياً انهُ كان وكيلاً بالشرا عن فلان وادعى المشتري بانهُ لم يكن وكيلاً عنهُ بل رسولاً من قبله والرسول لايطالب بالثمن فالبينة على البائع واليمين على المشتري لانهُ ينكر اضافة العقد لنفسه والبائع يدعي عليه ذلك والبينة على المدعي واليمين على المنكر (رد محتار) وهذا الاصل لا يعدل عنهُ اصلاً حتى لو اصطلح الخصمان على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف المدعي لم يضمن خصمه (تنوير)

﴿ المادة ٧٧ ﴾ البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل

وذلك لان الذي يدعي خلاف الظاهر لا يصدق بدون بينة تشهد له واما الذي يتمسك بالظاهر فيصدق بيمينه لابقاء الاصل مثلاً لو ادعى ديناً على آخر وجب عليه اثباته بالبينة لانه يدعي بخلاف الظاهر واما المدعي عليه بالدين فيصدق بيمينه لابقا الاصل الذي هو براءة الذمة كما مر في المادة الثامنة. ومما يتفرع على هذه القاعدة انهُ اذا ادعى احدهما الطوع في العقود والاقرار وادعى الآخر الاكراه فالبينة على مدعي الاكراه لانه يدعي بخلاف الظاهر واليمين على مدعي الطوع لابقاء الاصل لان الاصل في العقود والاقرار الطوع (در محتار) ومنه اذا ادعت المرأة عدم وصول النفقة والكسوة المقررتين في مدة مديدة فالقول قولها لان الاصل بقاؤهما في ذمته كالمديون اذا ادعى دفع الدين وانكر الدائن فان القول للدائن (اشباه)

واعلم ان الاصل في الاعارة والوكالة التقييد والاطلاق فيهما خلاف الظاهر وعكس ذلك في الكفالة والمضاربة اي ان الاصل فيهما الاطلاق والتقييد خلاف الظاهر كما في الدر المختار وغيره. فمن يدعي في الامور المذكورة خلاف الظاهر تطلب

البينة منه ومن يتمسك بالاصل يقبل قوله بيمينه ويخرج عن هذه القاعدة ما لو ادعى المودع رد الوديعة او هلاكها فالقول قوله مع ان الاصل البقاء (حموي)

❊ المادة ٧٨ ❊ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

اي ان الاقرار حجة على المقر فقط فلا يسري الى غيره واما البينة فهي حجة على من قامت عليه وعلى غيره ايضاً فلو اشترى شيئاً فاستحقه منه غيره بالحكم الشرعي فان كان قد استحقهُ باقرار المشتري فليس للمشتري حق الرجوع على بائعه بالثمن لان اقراره لا يسري على البائع ولكن لو استحقهُ بالبينة رجع المشتري على بائعه بالثمن لان الحكم سرى عليه ايضاً (در مختار) كذلك انظر المادة ١٦٤٢ ومن هذا القبيل ما لو اقر الراهن بالمرهون لرجل فلا ينفذ اقراره على المرتهن بل لا بد للمقر له من اقامة البينة بوجه الراهن والمرتهن وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٢ ايلول ٣١١ (ج٠م٠ عد ٨٥٩) ومما يتفرع على هذه المادة انه لو استحقت دابة ولدت عند المشتري بالبينة يتبعها ولدها بشرط القضاء به وان اقر بها ذو اليد لرجل لا يتبعها اذا لم يدعه المقر له فان ادعاه يتبعها وكذا سائر الزوائد (در مختار) والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلاً بالدابة يومئذٍ فيثبت الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر (رد محتار) وما ثبت بالضرورة يقدر بقدرها راجع المادة ٢٢ ويتفرع ايضاً على هذه القاعدة ما لو اقر رجل فقال غلة هذه الصدقة الموقوفة لفلان دوني ودون الناس جميعاً بامر حق واجب ثابت لازم عرفته ولزمني الاقرار لهُ بذلك فانه يصدق عَلَى نفسه ويلزم باقراره ما دام حياً فان مات ردت الغلة الى من جعلها الواقف بعده فلو كان الوقف على زيد واولاده ونسله ثم على الفقراء فاقر زيد ان الوقف عليهم وعَلَى هذا الرجل لا يصدق على ولده ونسله بل تقسم الغلة على زيد ومن كان موجوداً من ولده ونسله فما اصاب زيداً منها كان بينه وبين المقر له ما دام زيد حياً فاذا مات بطل اقراره ولم يكن للمقر له حق كذا في الحامدية وتكملة رد المحتار ويتفرع عليها ايضاً انه لو مات رجل وترك ابنين وله على آخر مئة فاقر احدهما بقبض ابيه خمسين منها فللمقر خمسة وعشرون التي هي نصف المقر بهِ وللآخر خمسون وكذا الحكم لو اقر احدهما ان اباه قبض كل الدين انظر المادة ١٦٤٢ لكن هنا يحلف المنكر لحق الغريم فان نكل برئت ذمة الغريم وان حلف دفع اليه

نصيبه (در مختار) ويخرج عن هذه القاعدة اربع مسائل الاولى اقرت الحرة المكلفة بدين لاخر فكذبها زوجها صح اقرارها في حقه ايضاً فتحبس المقرة وان تضرر الزوج. الثانية من كان موجراً نفسه من الغير فاقر لآخر بدين فانه يحبس وان تضرر المستأجر وهي واقعة الفتوى (در مختار). الثالثة لو اقر الموجر بدين لا وفاء له الا من ثمن العين المؤجرة فللدائن ان يبيعها وان تضرر المستأجر (اشباه). الرابعة باع المشتري المبيع ثم اقر ان البيع كان تلجئة وصدقه المشتري فله الرد على بائعه بالعيب (تكملة رد المحتار)

✻ المادة ٧٩ ✻ المرء مؤاخذ باقراره

ولكن يشترط في الاقرار اولاً ان يتم بالطوع والرضى وان يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يصح اقرار الصبي والمجنون والمعتوه انظر المادتين ١٥٧٣ و ١٥٧٥ . ثانياً ان لا يكذبه حكم الحاكم انظر المادة ١٦٥٤ وشرحها. ثالثاً ان لا يكون المقر به امراً محالاً لان الاقرار بالمحال باطل شرعاً فلو اقر احد الورثة للوارث الآخر بسهام ازيد من الفريضة الشرعية كان اقراره باطلاً مثلا لو مات عن ابن وبنت فاقر الابن ان التركة بينهما نصفين بالسوية فالاقرار باطل لما ذكرنا ولكن لا بد من كونه محالاً من كل وجه والا فلو اقر ان لهذا الصغير عليَّ الف درهم قرض اقرضنيه او ثمن مبيع باعنيه صح الاقرار مع ان الصبي ليس من اهل البيع والقرض ولا يتصور ان يكون منه ولكن انما يصح باعتبار ان هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير عليه بالحمل (اشباه)

✻ المادة ٨٠ ✻ لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم

فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة اما لو كان القاضي قد حكم بما شهدا به اولاً لا ينقض ذلك الحكم وانما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به

انظر المادة ١٧٢٩ وكذا اذا رجع المزكون عن التزكية فلا ينقض الحكم ايضاً ولكن ان قال المزكون تعمدنا تزكية الشهود ضمنوا وان قالوا اخطأنا في التزكية لا ضمان عليهم (ملتقى)

✻ المادة ٨١ ✻ قد يثبت الفرع وان لم يثبت الاصل . مثلاً لو قال

رجل ان لفلان على فلان ديناً وانا كفيل به فلما انكر الاصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل اداؤه

اي انكر الاصيل وحلف حيث لا بينة فلم يثبت الدين عليه على ان ذلك لم يمنع ثبوته على الكفيل اذا أقر به وثبت عليه اذ من الجائز ان يثبت الفرع ولو لم يثبت الاصل

﴿ المادة ٨٢ ﴾ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

اي اذا علق بالشرط شيء من المعاملات التي يجوز تعليقها بالشرط فعند ثبوت الشرط يلزم ثبوت المعلق به . مثلاً اذا قال لاخر انا ضامن مالك اذا سرقه فلان فمتى ثبت الشرط اي السرقة يثبت المعلق به اي الضمان انظر المواد ٦٣٦ و ١٦٥و١٤٥٦

التعليق بالشرط هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى (اشباه) . ويقال للشيء المربوط معلق بالشرط وجزاؤه وللشيء المربوط عليه معلق عليه وشرطه ويشترط لثبوت الشرط ان يكون ملائماً وسيأتي تعريفه في شرح المادة الآتية ومعدوماً اي غير موجود وقت العقد وان يكون من الاشياء الممكن حدوثها فالتعليق بشرط كائن اي موجود يكون منجزاً والشيء المعلق عليه يقع حينئذٍ في الحال والتعليق بشرط مستحيل باطل (اشباه) واما الشرط الفاسد اي غير الملائم فمن المعاملات ما يجوز تعليقه به ومنها ما لا يجوز فالاول مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كطلاق وعتاق (درر) وبالالتزامات التي يحلف بها كحج وصلاة ويدخل فيه ابطال الاجل والوكالة فالاول كقوله كلما حل نجم ولم تؤده فيحل المال كله صح فان لم يؤد حل جميع المال والثاني كقوله كلما عزلتك فانت وكيلي فانه يصح (رد محتار) والثاني اي ما لا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد هو ما بقي من المعاملات الشرعية ويقسم الى قسمين الاول ما يفسد بالشرط الفاسد والثاني ما يصح به ويكون الشرط لغواً وسيأتي تفصيل ذلك في شرح المادة الاتية

﴿ المادة ٨٣ ﴾ يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان

اعلم ان الشرط ثلاثة اقسام شرط جائز وشرط فاسد وشرط لغو فالاول هو ما يقتضيه العقد و يلائمه كالبيع بشرط ان البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن او جرى العرف به كبيع نعل بشرط ان يحذوه البائع ويشركه او ورد الشرع بجوازه كخيار

الشرط والشرط الفاسد هو ما لا يكون من مقتضيات العقد ولا يلائمه وفيه نفع لاحد العاقدين كما اذا باع ثوباً بشرط ان يخيطه البائع او فيه نفع لمبيع هو من اهل الاستحقاق كما اذا باع عبداً بشرط ان يعتقه المشتري والشرط اللغو هو ما سوى ذلك كشرط نفع لمبيع ليس من اهل الاستحقاق كما اذا باع حيواناً بشرط ان لا يبيعه المشتري انظر المواد ١٨٦ و ١٨٧ و ١٨٨ و ١٨٩ و ٢٨٧ ٣٠٠ و ٣٨٩ و ٥٠٥ و ٦٠٥ و ٦٣٧ و ٦٩٦ و ٧٢٨ و ٧٨٤ و ٨٥٥ و ١٣٤٩ و ١٣٦٧ و ١٣٧٠ و ١٣٩٠ و ١٤٢٠ و ١٤٦٧ . ويراد بهذه المادة للشرط تقييد اصل العقد بدون ذكر اداة الشرط ان وما في معناها صراحة كقول البائع بعتك بشرط او على ان لا تبيعه لانها اذا ذكرت صراحة بصورة التعليق فتصير سبباً لحكم الشيء المعلق بالشرط فتمنع انعقاده في الحال واما اذا لم تذكر صراحة فلا يكون الشرط مانعاً لانعقاد اصل العقد في الحال غير انه اذا كان الشرط من قبيل الشرط الجائز او الشرط اللغو فالعقد ينعقد صحيحاً وان كان الشرط مفسداً فالعقد ينعقد فاسداً ثم اعلم ان المعاملات منها ما يفسد بالشرط الفاسد ومنها ما لا يفسد به ويكون الشرط لغواً فالاول ما كان مبادلة مال بمال كالبيع والقسمة والاجارة والاجازة والصلح عن مال بمال والمزارعة والمعاملة والابراء عن الدين فانه تمليك من وجه كما اذا قال لمديونه أبراتك بشرط ان تخدمني شهراً فلا يبرأ الا اذا كان الشرط متعارفاً او علقه بأمر كائن كقوله ان اعطيته شريكي فقد أبراتك صح الابراء ويرد عليه ما قبضه شريكه وكذا لو علقه بموته كقوله لمديونه ان متُّ بضم التاء فانت بريء صح ويكون وصية . ولو قال ان متَّ بفتح التاء لا يبرأ لانه مخاطرة والاقرار الا اذا علقه بمجيء الغد او بموته اي موت المقر فيصح ويلزمه اذ انه ليس بتعليق لان موته كائن لا محالة بل مراده الاشهاد عليه وخيار الشرط قال في البحر لو باعه حماراً على انه ان لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله والا لا لم يصح

تنبيه يشترط ان يكون الشرط في صلب العقد ليقع مفسداً لان لا عبرة للشرط الملحق بعد العقد (جامع الفصولين)

الثاني اي ما لا يفسد بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضا والكفالة والحوالة الا اذا شرط على المحال عليه ان يعطيه المال من ثمن دار المحيل فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بالملتزم والوكالة والاقالة

والحجر وفكه والاذن بالتجارة والصلح عن دم العمد والابراء عنه والرد بالعيب والرد بخيار الشرط واسقاطه مثّل للاول في البحر بما اذا قال ان وجدت بالمبيع عيباً ارده عليك ان رضي فلان وللثاني بما اذا قال من له خيار الشرط رددت البيع او اسقطت خياري ان رضي فلان فانه يصح ويبطل الشرط وفيه نظر لان الكلام فيما يصح ولا يفسد بالشرط الفاسد لا فيما يصح تعليقه اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

استطراد : الاجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والوقف والعارية والاذن في التجارة وتقليد القضا والامارة تصح اضافتها الى الزمان المستقبل فتنعقد في الحال غير انه يؤخر اجراء حكمها الى مجيء الزمان المضافة اليه انظر المواد ٤٠٨ و ٤٤٠ و ٦٣٦ و ١٤٥٦ اما البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والصلح عن مال والابراء عن الدين كل ذلك لا تصح اضافته الى المستقبل ومثله التحكيم على قول ابي يوسف المفتى به اه عن التنوير وشرحه للعلائي

❋ المادة ٨٤ ❋ المواعيد اذا اكتست بصور التعاليق تكون لازمة . مثلاً لو قال رجل لاخر بع هذا الشيء لفلان وان لم يعطك ثمنهُ فانا اعطيه لك فلم يعطِ المشتري الثمن لزم على الرجل اداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق

اعلم ان الوعد المجرد لايلزم الوفاء به شرعاً الا في صورة واحدة وهي اذا باعه ماله بيعاً باتاً بغبن فاحش ثم وعده المشتري بان يرد له الثمن صح الوعد ولزم الوفاء به كما في الخيرية والحامدية وفيما سوى ذلك لا يلزم الوفاء بالوعد المجرد فلو امر رجل بان يؤدي دينه عنه فوعده المأمور بذلك ثم امتنع من تادية الدين لا يجبر كما سيأتي في المادة ١١٥١ وكذا لو قال لرجل بع مالك من فلان وانا ادفع لك الثمن لا يلزمهُ شيء لان هذا وعد مجرد ولكن لو علق وعده بحصول شيء او عدمهُ لزم الوفا بالوعد كما في المثال الوارد في متن المادة لان المواعيد اذا اكتست صور التعليق تصير لازمة انظر المادة ٦٢٣

❋ المادة ٨٥ ❋ الخراج بالضمان . يعني ان من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به

في مقابلة الضمان . مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب و كان قد استعمله مدة لا تلزمه اجرته لانهُ لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله اي ان خسارته كانت راجعة علية كذلك انظر الى الماده ١٣٤٧ من المجلة

الخراج ما خرج من الشيء فخراج الشجر ثمره وخراج الحيوان دره ونسله ومن فروع هذه القاعدة ما سياتي في خيار العيب من ان الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الاصل كالكسب والغلة لا تمنع الرد بالعيب وتسلم للمشتري ولا يضر حصولها له مجاناً لانها لم تكن جزءاً من المبيع فلم يملكها بالثمن وانما ملكها بالضمان (اشباه) . وفيها ما نصه وهنا سؤالان لم ارهما لاصحابنا احدهما لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت زوائد المبيع قبل القبض للبائع تم العقد او انفسخ لكونه من ضمانهِ ولا قائل به واجيب بان الخراج يعلل قبل القبض بالملك و بعده به و بالضمان معاً واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان لانه اظهر عند البائع واقطع لطلبه واستبعاده ان الخراج للمشتري . الثاني لو كانت الغلة بالضمان لزم ان تكون زوائد المغصوب للغاصب لان ضمانه اشد من ضمان غيره ولهذا احتج لابي حنيفه في قوله ان الغاصب لا يضمن منافع المغصوب واجيب بان الخراج جعل لمن هو مالكه اذا تلف على ملكه وهو المشتري والغاصب لا يملك المغصوب فلم يملك زوائده انتهى

✵ المادة ٨٦ ✵ الاجر والضمان لا يجتمعان .

يتفرع على هذه القاعدة ما اذا تجاوز المستأجر الى ما فوق المشروط بوجه يوجب الضمان فلا تلزمهُ الاجرة مثلاً اذا استأجر دابة الى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلكت لزمه الضمان ولا اجر عليه انظر المادة ٥٤٥ وكذا لا تلزم الاجرة في المواضع التي يجب فيها الضمان انظر المواد ٥٤٦ و٥٤٧ و٥٤٨ و٥٥٠ و٥٥١ و٥٥٦ و٥٥٧ وهذا كله اذا اتحد السبب والمحل اما اذا اختلفا فلا مانع من اجتماع الاجر والضمان كما لو استأجر دابة عَلَى ان يركبها بنفسه الى محل معين فركبها بنفسه ولكنه اردف معه من يتمسك بنفسه وبعد وصوله الى ذلك المحل هلكت الدابة فانه يلزمهُ الاجر ويضمن نصف قيمة الدابة اما لزوم الاجر فلأنه ركب بنفسه واستوفى المنفعة

المعقود عليها اما ضمان نصف القيمة فلانهُ تعدى بان اركب معهُ من يستمسك بنفسه فكان الاجر لسبب والضمان لسبب آخر

﴿المادة ٨٧﴾ الغرم بالغنم · يعني ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره

فبناء على ذلك اذا وهن الحائط المشترك واراد احد الشريكين نقضه وابى الآخر فانهُ يجبر على نقضه بالاشتراك انظر المادة ١٣١٨ وكذا تعمير منزل الوقف المشروط للسكنى لا يلزم غلة الوقف بل يلزم من له السكنى ومن هذا القبيل لو خيف الغرق واتفقوا على القاء بعض الامتعة من السفينة فالقوها فالغرم على عدد الرؤوس لانها لحفظ الانفس (اشباه) انظر المواد ١١٥٢ و١٣١٩ و١٣٢٢ و١٣٢٤ و١٣٢٦ و١٣٢٧ و١٣٢٨

﴿المادة ٨٨﴾ النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة

مما يتفرع على هذه القاعدة ترتيب المكافأة والمجازاة لمستحقيها ومنه اذا لزم تعمير الملك المشترك فيلزم كل شريك من نفقة التعمير قدر حصته في ذلك الملك انظر المواد ١٣٠٨ و ١٣٠٩ و ١٣٢٠ وكذا لو احتاج اللقيط الى النفقة او قتل قتلاً يستوجب الدية فنفقته والدية على بيت المال لانه لو مات فتركته لبيت المال كما في غرر الاحكام فكان عليه غرمه كما له غنمه · واللقيط مولود طرحه اهله خوفاً من العيلة او فراراً من التهمة (درر)

﴿المادة ٨٩﴾ يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً

فاذا اتلف احد مال غيره بأمر آخر فالضمان على المتلف لا على الآمر ما لم يكن مجبراً وقادراً على ايقاع تهديده بالفعل ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها اذا كان الآمر عاقلاً بالغاً وكان المامور صبياً فيجب الضمان اولاً على الصبي بمقتضى المادة ٩٦٠ غير انه يرجع بعد ذلك على آمره واما اذا كان آمره صبياً فلا يرجع عليه (خانية) · ومنها اذا امر اجيره برش الماء في فناء دكانه فرش فما تولد منه فضمانه على الآمر وان بغير امره فالضمان على الراش (رد محتار) ومنها اذا كان الآمر اباً وصورته امر الاب ابنه البالغ ليوقد ناراً في ارضه ففعل وتعدت النار الى ارض جاره فاتلفت شيئاً يضمن الاب لان امره صح فانتقل الفعل اليه كما لو باشره بنفسه بخلاف ما لو استأجر نجاراً ليسقط جداره على قارعة الطريق ففعل وتلف به انسان فان الضمان على النجار لعدم صحة الامر وظاهر هذا التصوير انه ليس المراد كل امر من الاب للبالغ حتى لو امره باتلاف مال او

قتل نفس يكون ضمانهُ عَلَى الابن لفساد الامر ووجهه انه في الاول استخدام فصح الامر لوجوب خدمة الاب بخلاف غيره فانه عدوان والاول ينبغي تقييده بما لو اوقد ناراً في يوم ريح او ناراً لا يوقد مثلها او كانت ارض الجار قريبة بحيث يصل اليها شرار النار غالباً والا فلا ضمان على الاب (رد محتار) انظر شرح المادة ٩٢٤ ومنها ١٠ اذا امر رجلاً بحفر باب في حائط الغير ففعل فالضمان على الحافر ويرجع به على الآمر (اشباه) ولكن افاد في التاترخانية ان الرجوع فيما اذا قال احفر لي بزيادة لفظة لي او قال في حائطي او كان ساكناً في تلك الدار او استأجره على ذلك لان ذلك كله من علامات الملك والا فلا يرجع لان الامر لم يصح بزعم المامور وعليه فلو قال احفر في حائط الغير او علم الحافر انه للغير لا يرجع (رد محتار) وفي الهندية امر غيره ان يذبح له هذه الشاة وكانت لجاره ضمن الذابح علم ان الشاة لغير الآمر او لا ولكن ان علم لا يكون له حق الرجوع عَلَى الامر والاَّ رجع اه

﴿ المادة ٩٠ ﴾ اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر . مثلاً لو حفر بئراً في الطريق العام فالقى رجل حيوان آخر في تلك البئر ضمن الذي القى الحيوان ولا شيء على حافر البئر

انظر المادة ٩٢٥ وكذلك اذا دفع الى صبي سكيناً او سلاحاً ليمسكه له فقتل به نفسه لاضمان على الدافع وكذا اذا حفر بئراً في طريق العامة فالقى انسان نفسه في البئر لا ضمان على الحافر ولو قال الولي سقط وقال الحافر اسقط نفسه فالقول للحافر (اشباه) وكذا لو فتح باب غيره فدخل آخر وسرق البيت فالضمان على السارق لانه مباشر لا على فاتح الباب لانه متسبب ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها لو دل المودع السارق عَلَى الوديعة فانه يضمن لتركهِ الحفظ ومنها لو دفع الى صبي سكيناً ليمسكه له فوقع عليه فجرحه كان الضمان على الدافع (اشباه)

﴿ المادة ٩١ ﴾ الجواز الشرعي ينافي الضمان . فلو حفر انسان في ملكه بئراً فوقع فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً

وكذا اذا اخذ الوكيل بالبيع رهناً بثمن المال الذي باعه نسيئة فهلك الرهن لاضمان عليه كما سيأتي في المادة ١٥٠٠ لانه حيث جاز له اخذ الرهن فلا يضمن بهلاكه لان

الجواز الشرعي ينافي الضمان ومما يتفرع على هذه القاعدة المسائل الواردة في المواد ٢٩٩ و ٧٩٥ و ٨٢٤ ومنه اذا استأجر داراً وحفر فيها بئراً فعطب فيها انسان ان كان حفر باذن رب الدار فلا ضمان كما لو حفر رب الدار بنفسه وان كان حفر بغير اذن رب الدار فهو ضامن وكذا لو اعار داره من رجل ثم ادخل دابته وربطها في الدار بلا اذن المستعير فلا يضمن ما عطب بها بخلاف ما لو أجرها ثم ادخل الدابة بلا اذن المستاجر فانه يضمن ما عطب الا اذا ادخلها باذن المستاجر ومن هذا القبيل ما لو استاجر داراً فرفع التراب من بئرها والقاه في صحن الدار فعطب به انسان لا يضمن سواء القاه باذن رب الدار او لا وان فعل ذلك المؤجر والقى الطين في صحن الدار ان كان باذن المستاجر لا ضمان عليه والا ضمن (هندية ملخصاً)

﴿المادة ٩٢﴾ المباشر ضامن وان لم يتعمد

المباشر هو الذي يلي الامر بنفسه فانه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان عن قصد منهُ او لم يكن كما اذا رمى طيراً بسهم او رصاص فاصاب رجلاً فانهُ يضمن ديته (در مختار) وكذا اذا كان ماراً في السوق فمس وعاء اتفاقاً والقاه على الارض فانه يضمن قيمته انظر المواد ٩١٢ و ٩١٣ و ٩١٤

﴿المادة ٩٣﴾ المتسبب لا يضمن الا بالتعمد

او بالتعدي . المتسبب هو من يسبب تلف الشيء بعمله امراً يفضي الى اتلافه انظر المادة ٨٨٨ فهو لا يضمن الا اذا كان متعمداً مثلاً اذا اجفل حيوان بكر من زيد ففر وضاع فلا ضمان على زيد واما اذا كان قد اجفله قصداً وضاع فانه يضمن قيمته كما سيأتي في المادة ٩٢٣ وانظر ايضاً المادتين ٩٢٢ و ٩٢٤ والسبب في تضمين المباشر مطلقاً وتضمين المتسبب عند التعدي او التعمد هو ان المباشرة علة وسبب مستقل للتلف اما التسبب فليس سبباً مستقلاً فاقتضى ان يرافقه صفة عداء ليصلح علة للتضمين

﴿المادة ٩٤﴾ جناية العجماء جبار

اي ان الضرر الذي يحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه فلو ربط دابة في فناء داره فلبطت انساناً فقتل فلا ضمان على صاحبها ولهذه المادة تقييدات منها لو نظر احد حيوانه تتلف شيئاً ولم يمنعه ضمن قيمة ما اتلفهُ الحيوان ومنها اذا كان لرجل حيوان تخشى مضرته كالكلب العقور والثور النطوح والجمل الصائل فاشهد على صاحبه احد

من اهل المحلة والقرية ولم يمنعه ضمن صاحبه كل ما يتلفه ذلك الحيوان بعد ذلك كما سيأتي في المادة ٩٢٩ وبقية تقييدات هذه المادة تاتي في الفصل الرابع من الباب الثاني من كتاب الغصب

﴿ المادة ٩٥ ﴾ الامر بالتصرف في ملك الغير باطل

لانه كما لا يجوز التصرف في ملك الغير بدون وكالة منه او ولاية عليه لا يصح ايضاً الامر بالتصرف فيه ويكون الضمان على المامور لا على الآمر ما لم يكن مجبراً كما مرّ في المادة ٨٩ وعلى هذا لو جاء بالدراهم ليدفعها الى دائنه فقال له الدائن القها في البحر ففعل فتهلك على المديون لانه لما كان الدائن لم يقبضها لم تصر ملكه فلم يصح الامر ويخرج عن هذه القاعدة ما لو ظهر حريق وخشي من تعديه فيجوز لاولياء الامر ان يامروا بهدم البيوت المجاورة له منعاً لسريانه وفي الهندية جاء بدابة الى شط نهر ليغسلها وهناك رجل واقف فقال له الذي جاء بالدابة ادخل هذه الدابة النهر فادخلها وغرقت والآمر سائس الدابة ان كان الماء بحالة يدخل الناس فيه دوابهم للغسل والسقي لا ضمان على احد لان للسائس ان يفعل ذلك بيده وبيد غيره وان لم يكن الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم فلصاحب الدابة الخيار ان شاء ضمن السائس وان شاء ضمن المامور فان ضمن السائس لا رجوع له على المامور وان ضمن المامور فان لم يعلم ان الآمر سائس الدابة حتى ظن صحة الامر رجع على السائس اه

﴿ المادة ٩٦ ﴾ لا يجوز لاحد ان يتصرف في ملك غيره بلا اذنه

او وكالة منه او ولاية عليه وان فعل كان ضامناً انظر المواد ٤٤٦ و ١٠٧٥ و١٢١٩ ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها اذا مات المسافر في الطريق جاز لرفاقه بيع امتعته وتكفينه وتجهيزه ورد الباقي الى ورثته وكذا لو اغمي عليه فانفقوا عليه من ماله لم يضمنوا ومنها اذا انفق الوديع على ابوي المودع ومن لزمته نفقتهم بدون اذنه في مكان لا يمكنه مراجعة الحاكم لا يضمن ومنها انه يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاج اليه المريض من ماله بغير اذنه (اشباه) ومنها لو حمل المالك دابته فسقط الحمل فحملها آخر بدون اذنه لا يضمن اذا هلكت بخلاف ما لو حملها ابتداء فهلكت فانه يضمن (رد محتار) ومنها ما في جامع الفصولين ونصهُ: قضى الوصي ديناً بغير امر القاضي فلما كبر اليتيم انكر ديناً

على ابيه ضمن وصيه ما دفعه لو لم يجد بينة لانه اقر بسبب الضمان وهو الدفع الى اجنبي فلو ظهر غريم آخر يغرم له حصته لدفعه باختياره بعض حق هذا الى غيره فلو لم يكن للغريم الاول بينة على الدين يضمن الوصي كل ما دفعه لوقوعه بغير حجة اه

✻ المادة ٩٧ ✻ ليس لاحد ان ياخذ مال غيره بلا سبب شرعي

وان اخذه ولو على ظن انهُ ملكه وجب عليه رده عيناً ان كان قائماً والا فيضمن قيمته ان كان قيمياً ومثله ان كان مثلياً كما سيأتي في المادتين ٨٩٠ و ٨٩١ لان النسيان ليس عذراً في حقوق العباد (أشباه)

✻ المادة ٩٨ ✻ تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

يتفرع على هذه القاعدة مسائل منها اذا ادعى ملكاً ارثاً عن ابيه وشهد شهوده بانه ورثه من امه لا تقبل شهادتهم لعدم موافقتها للدعوى لان تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الملك. ومنها كما ان تبدل الموهوب في يد الموهوب له مانع من الرجوع في الهبة فهكذا لو اخرجه الموهوب له عن ملكه بسبب من الاسباب لا يبقى للواهب حق الرجوع في هبته انظر المواد ٨٦٩ و ٨٧٠ و ٨٧١ و ١٧١١

تبدل الصك والسند بمنزلة تبدل السبب فكما انه لو اقر رجل بالف قرض والف ثمن مبيع يلزمه الفان فكذا لو كتب سندين كل منهما بالف دون بيان الجهة وفيهما امضاؤه وختمه وهو معترف بهما يلزمه الفان ايضاً ولا يقبل قوله ان عليه الفاً فقط وان قيمة السند الآخر زائدة لان تبدل السند بمنزلة تبدل السبب (حامدية وخانية) انظر شرح المادة ٦٠٩

✻ المادة ٩٩ ✻ من استعجل الشيءَ قبل اوانه عوقب بحرمانه

فلو قتل احد مورثه قتلاً يوجب القود او الكفارة يحرم من ارثه (تنوير) وكذا لو قتل الموصى له الموصي فانه يحرم من الوصية والقتل الموجب للقود هو القتل العمد وهو ان يقصد قتله بمحدد او ما يجري مجراه في تفريق الاجزاء والقتل الموجب للكفارة ثلاثة اقسام شبه عمد وهو ان يتعمد قتله بما لا يقتل غالباً كالسوط وخطاء كأن رمى صيداً فاصاب انساناً وكانقلاب النائم على شخص او سقوطه عليه من سطح فخرج القتل بسبب فانه لا يوجب القود والكفارة فلا يحرم من الميراث كما لو حفر بئراً

او وضع حجراً في الطريق فقتل بهِ مورثه او قاد دابة او ساقها فوطئته وقتلته وخرج القتل مباشرة من الصبي والمجنون لعدم الكفارة والقصاص وكذا لو قتل الزوج زوجته او ذات رحم من محارمهِ لاجل الزنا يرث منها (رد محتار ملخصاً) ويخرج عن هذه القاعدة مسئلتان الاولى قتل صاحب الدين مديونه حل دينه . الثانية امسك زوجته مسيئاً عشرتها لاجل ارثها ورثها (اشباه)

﴿المادة ١٠٠﴾ من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه

يتفرع عليها ما لو وكل رجلاً ببيع داره فباعها الوكيل وهو شفيعها بطلت شفعته لانه بطلبه الشفعة يسعى في نقض البيع الذي تم من جهته فلا يقبل وكذا لو باع داراً من رجل فضمن شفيع الدار الدرك للمشتري بطلت شفعته ايضاً لانه بضمانه الدرك للمشتري ضمن له ان يحصل له الدار وهذا لا يكون الا بتركه الشفعة وفي اخذه لها ابطال ذلك (مجمع الانهر) ومنها ادعى البائع انه فضولي لا يقبل منه . ومنها ضمن رجل الدرك ثم ادعى ان المبيع ملكه لا تسمع دعواه (اشباه) انظر المواد ٩٨٩ و ١٠٢٤ و ١٦٥٨ ويخرج عن هذه القاعدة مسائل منها اشترى عبداً وقبضه ثم ادعى ان البائع كان باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن فانه يقبل لانه برهن على اقرار البائع انه ملك الغائب ومنها اشترى ارضاً ثم ادعى ان بائعها كان جعلها مقبرة او مسجداً تسمع دعواه ومنها باع الاب مال ولده ثم ادعى انه وقع بغبن فاحش يقبل الا اذا اقر انه باعه بثمن المثل ومثله الوصي اذا باع مال اليتيم وكذا متولي الوقف ومنها باع ارضاً ثم ادعى انها وقف تقبل (اشباه) ولكن مسألة الوقف خلافية وحاصل ما ذكروه من التصحيح انه اذا باع ثم ادعى انه وقف محكوم بلزومهِ يقبل والا فلا تسمع دعواه ولا يحلف المشتري لكنه اذا برهن اي البائع تقبل بينته على اصل الوقف فقط لان الشهادة في الوقف تقبل بدون دعوى وعند ذلك اذا كان البائع هو الموقوف عليه لا يعطى شيئاً من الغلة لعدم صحة دعواه للتناقض (رد محتار ملخصاً)

الكتاب الاوَّل

في البيوع ؤينقسم الى مقدمة وسبعة ابواب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالبيوع

﴿ المادة ١٠١ ﴾ الايجاب اول كلام يصدر من احد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبهِ يوجب ويثبت التصرف

ومعنى الايجاب الاثبات وسمي به اول كلام احد العاقدين سواء كان بعت او اشتريت لانه يثبت للآخر خيار القبول (درر)

﴿ المادة ١٠٢ ﴾ القبول ثاني كلام يصدر من احد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبه يتم العقد

ويراد من التصرف بهاتين المادتين التصرفات الشرعية كالبيع والهبة وقد عرف القبول بالكلام اي بالقول لانه الاصل وقد يكون القبول بالفعل الدال على الرضى فيقوم مقام القول مثال ذلك اذا قال له بعتك هذا الطعام بدرهم فاكله المشتري تم البيع وكذا اذا قال بعتك بالف فقبضه ولم يقل شيئاً تم البيع ومثله اذا قال البائع بعتك هذا الثوب بكذا وهذا الفرس بكذا فلبسه المشتري او ركبه تم البيع ايضاً وان لم يقل شيئاً ويكون الفعل بهذه الصور قائماً مقام القول وليس هذا من قبيل البيع بالتعاطي لانه ليس في البيع بالتعاطي ايجاب وقبول بل قبض المبيع بعد معرفة الثمن فقط (رد محتار)

﴿ المادة ١٠٣ ﴾ العقد التزام المتعاقدين امراً وتعهدهما بهِ وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول

فمعقد البيع مثلاً التزام البائع والمشتري بالمبادلة المالية والتزامهما عبارة عن ارتباط الايجاب والقبول احدهما بالآخر فان الشارع قد جعل بعض المركبات الاخبارية انشآ بحيث اذا وجد معه معنى شرعي يترتب عليه حكم شرعي مثلاً اذا قيل بعت واشتريت وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو الملك

﴿ المادة ١٠٤ ﴾ الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالاخر على وجه مشروع يظهر اثره في متعلقهما

متعلق الايجاب والقبول بالبيع هو المبيع والثمن والاثر الذي يظهر بهما هو حكم البيع اي ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع

﴿ المادة ١٠٥ ﴾ البيع مبادلة مال بمال

لم يقل بالتراضي ليتناول بيع المكره فانه منعقد وان لم يلزم ولم يقيده بكونه على وجه مفيد مخصوص كما قيده في الدر المختار ليتناول بيع درهم بدرهم استويا وزناً وصفة فانه منعقد وان كان فاسداً وليتناول ايضاً مقايضة احد الشريكين حصة داره بحصة الآخر حالة كون الدار مشاعة والحصص متساوية لانه منعقد ولو كان فاسداً ولا يخفى ان الاطلاق اولى من التقييد بما ذكر لانه اذا كان المقصود تعريف مطلق البيع يكون غير جامع لخروج هذا منه وان اريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول اكثر البيوع الفاسدة فيه

ويكون منعقداً وغير منعقد

﴿ المادة ١٠٦ ﴾ البيع المنعقد هو البيع الذي ينعقد على الوجه المذكور وينقسم الى صحيح وفاسد ونافذ وموقوف

يراد بالوجه المذكور ما حصل فيه مبادلة مال بمال بايجاب وقبول على وجه مشروع يظهر اثره في متعلقهما

﴿ المادة ١٠٧ ﴾ البيع الغير المنعقد هو البيع الباطل

﴿ المادة ١٠٨ ﴾ البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتاً ووصفاً

﴿ المادة ١٠٩ ﴾ البيع الفاسد هو المشروع اصلاً لا وصفاً يعني انه يكون

منعقداً باعتبار ذاته غير مشروع باعتبار بعض اوصافه الخارجة · راجع الباب السابع

ويراد بمشروعية الاصل كونه مالاً متقوماً والاوصاف الخارجة هي الخارجة عن ركن البيع وهو الايجاب والقبول ومحله وهو المبيع فالبيع الفاسد هو المشروع باصله دون وصفه كبيع مال متقوم سكت فيه عن الثمن فبيع المال المتقوم صحيح الا انه حيث عرضت عليه صفة مفسدة هي جهالة الثمن فقد فسد البيع والحاصل ان البيع الفاسد منعقد ذاتاً لكنه غير مشروع وصفاً وهو يفيد الملك بالقبض الا في مسائل ستأتي في شرح المادة ٣٧١

﴿ المادة ١١٠ ﴾ البيع الباطل ما لا يصح اصلاً · يعني انهُ لايكون مشروعاً اصلاً

البيع الباطل ما ليس مشروعاً لا باصله ولا بوصفه بسبب وقوع الخلل في ركنه ومحله كبيع المجنون والصبي و بيع الحر والميتة وهو لا يفيد الملك اصلاً لانه لا يترتب عليه حكم البيع والضابط في تمييز الفاسد من الباطل ان احد العوضين اذا لم يكن مالاً في دين سماوي فالبيع باطل سواء كان مبيعاً او ثمناً فبيع الميتة والدم والحر باطل و كذا البيع به وان كان في بعض الاديان مالاً دون البعض ان امكن اعتباره ثمناً فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر والخمر بالعبد فاسد وان تعين كونه مبيعاً فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم او الدراهم بالخمر باطل كذا في شرح مسكين وهذا الضابط يرجع الى الفرق بين الفاسد والباطل من حيث المحل فقط وما تقدم من حيث الركن والمحل فهو اعم (رد محتار)

﴿ المادة ١١١ ﴾ البيع الموقوف بيع يتعلق بهِ حق الغير كبيع الفضولي

وهذا البيع صحيح ينعقد صحيحاً ذاتاً ووصفاً غير انه يفيد الملك موقوفاً على اجازة المالك فان اجاز ووجدت شروط الاجازة نفذ البيع والافلا وستأتي احكام بيع الفضولي وشروط الاجازة في المادتين ٣٧٧ و٣٧٨

﴿ المادة ١١٢ ﴾ الفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون اذن شرعي

﴿ المادة ١١٣ ﴾ البيع النافذ بيع لايتعلق بهِ حق الغير وهو ينقسم الى لازم وغير لازم

﴿ المادة ١١٤ ﴾ البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات

﴿ المادة ١١٥ ﴾ البيع الغير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه احد الخيارات

﴿ المادة ١١٦ ﴾ الخيار كون احد العاقدين مخيراً على ماسيأتي في بابه

﴿ المادة ١١٧ ﴾ البيع البات هو البيع القطعي

﴿ المادة ١١٨ ﴾ بيع الوفاء هو بيع المال بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع وهو في حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد بالنظر الى اقتدار كل من العاقدين على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر الى ان المشتري لا يقدر على بيع المبيع من الغير

ان بيع الوفاء صحيح في العقار علي الاطلاق اما في المنقول فعلى الخلاف فمنهم من اجازه ومنهم من منعه قال الشارح حيدر افندي رئيس محكمة التمييز الاول ان مشايخ الاسلام كانوا يفتون بعدم الجواز ولكنه حيث وردت المسألة في المجلة على الاطلاق وكان هذا البيع في حكم الرهن كان من المناسب القول بالجواز وقد عبر « بيع المال » احترازاً عن المستغلات الموقوفة والارض الاميرية لانه وان جرت عليها اصول الفراغ بالوفا فليس هذا بيعاً بالوفا اه وقال ايضاً ان بيع الوفا كالرهن لا يتم الا بالقبض فاذا اشترى منزلاً فاحترق قبل ان يقبضه هلك على البائع ولا يسقط من الدين شيء وان مات البائع قبل القبض فالمشتري اسوة للغرما نعم ان المرحوم جودت باشا كان قد وضع رسالة في عدم اشتراط القبض لتمام البيع بالوفا الا ان الفتواخانه لم تستصوب ذلك اه

﴿ المادة ١١٩ ﴾ بيع الاستغلال هو بيع المال وفاء على ان يستأجره البائع

ان بيع الاستغلال يكتسب بالنظر الى بعض الاحكام حكم البيع الجائز لان للمشتري ان يؤجر من البائع او غيره العقار الذي اشتراه بطريق الاستغلال وان ينتفع

باجرته وهو ايضاً بحكم البيع الفاسد نظراً لاقتدار العاقدين عَلَى فسخه وبحكم الرهن نظراً لكونه لا يتم الا بالقبض ولعدم اقتدار المشتري عَلَى بيع المبيع لاخر ولكونه احق به من سائر الغرما انظر المادة ٤٠٣ وبيع الاستغلال غير جائز في الاصل لانه رهن حكماً والرهن لا يحل الانتفاع به ولا تصح اجارته من الراهن ولو استأجره لا تلزمه الاجرة واما اذا آجره المرتهن من اجنبي فان كان باذن الراهن بطل الرهن والاجرة للراهن وان كان بغير اذنه يتصدق المرتهن بها او يردها على الراهن وهو اولى (خيرية) ولكن قد اجازه بعض الفقهاء للحاجة انظر المادة ٠٣٢ قلنا ان هذا البيع لا يتم الا بالقبض لانه بيع وفاء صورة وحكماً وعَلَى هذا لو باع عقاره بيع وفا على ان يستأجره بالف على سنة فسلمه للمشتري تسليماً صحيحاً ثم عاد فاستاجره منه تمّ البيع وصحت الاجارة فتجب الاجرة عَلَى البائع اما لو استأجر قبل تسليمه للمشتري فلا تصح الاجارة ولا اجر عليه الا ان يكون القرض من مال الوقف او اليتيم فيجب حينئذٍ اجر المثل (علي افندي)

فائدة : اذا آجر المشتري المبيع الذي اشتراه بطريق الاستغلال وانقضت المدة وبقي في يد المستاجر فقد افتى علما الروم بلزوم اجر المثل (در مختار) وقد استشكله في رد المحتار لان من آجر ملكهُ مدة ثم انقضت وبقى المستأجر ساكناً لا تلزمه الاجرة الا اذا طالبه بها فسكن بعد المطالبة وهذا في الملك الحقيقي فما ظنك في المبيع وفاء نعم قالوا بلزوم الاجرة في الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال وهل ما افتى به علماء الروم مبني عَلَى انه صار معداً للاستغلال بذلك الايجار ولذلك يسمونه بيع الاستغلال اه ملخصاً اما شيخ الاسلام علي افندي فقد افتى بعدم لزوم الاجر الا ان يكون الدين من مال الوقف واليتيم . صورته اشترى الوصي بمال اليتيم ارضاً بطريق الوفا وبعد ان تسلمها آجرها من البائع على سنة فمضت المدة وبقيت الارض في يد البائع سنة اخرى بدون عقد اجارة فيلزمه لليتيم اجر المثل عن تلك السنة

﴿ المادة ١٢٠ ﴾ البيع باعتبار المبيع ينقسم الى اربعة اقسام القسم الاول بيع المال بالثمن وبما ان هذا القسم اشهر البيوع يسمى بالبيع . القسم الثاني هو الصرف والقسم الثالث بيع المقايضة والقسم الرابع السلم

﴿ المادة ١٢١ ﴾ الصرف بيع النقد بالنقد

اي بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس كبيع الذهب بالذهب او بغير جنس كبيع الذهب بالفضة سواء كانا مضرو بين او مصوغين و يشترط لصحته عدم التاجيل وخيار الشرط والتساوي وزناً والتقابض قبل الافتراق اذا اتحدا جنساً ولو اختلفا جودةً وصياغةً واما اذا لم يتجانسا فيلزم التقابض لا التساوي فلو باع النقدين احدهما بالآخر جزافاً و بفضل وتقابضا في المجلس صح ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه فلو باع ديناراً بدراهم واشترى بها ثوباً قبل قبضها فسد شراء الثوب والصرف بحاله (هندية ملخصاً)

❋ المادة ١٢٢ ❋ بيع المقايضة بيع العين بالعين اي مبادلة مال بمال غير النقدين

ينبغي ان يكون كلا البدلين عيناً معينة فلو كانت احداها ديناً موصوفاً في الذمة كما لو باع فرساً بمائة مد من الحنطة غير معينة يسلمها بعد شهر فذلك ليس بمقايضة بل هو بيع العين بالثمن فيرجع الى القسم الاول

وشرط صحة المقايضة التساوي في التقابض ان اتفقا جنساً وقدراً كبيع حنطة بحنطة والا فالتقابض لا التساوي كبيع كر حنطة بكري شعير (رد محتار ملخصاً)

❋ المادة ١٢٣ ❋ السلَم بيع موَّجل بمعجل

اي دفع الثمن معجلاً واخذ المبيع بعد اجل معلوم فالبائع مسلم اليه والمشتري رب السلم والمبيع مسلم فيه والثمن راس المال وله احكام سيأتي تفصيلها في الفصل الثالث من الباب السابع

❋ المادة ١٢٤ ❋ الاستصناع عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على ان يعمل شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع

وشرطه ان تكون العين والعمل من الصانع فان كانت العين من المستصنع كان العقد اجارة

❋ المادة ١٢٥ ❋ الملك ماملكه الانسان سواءً كان اعياناً او منافع

الاعيان كالعروض والعقار والحيوان والمنافع كالسكنى وانما جعل المنافع من قبيل الملك ولم يجعلها مالاً لان الملك ما من شانه ان يتصرف فيه بوجه الاختصاص

والمال ما من شانه ان يدخر للانتفاع وقت الحاجة (رد محتار) اي والمنافع اعراض فائتة لا يمكن ادخارها

✻ المادة ١٢٦ ✻ المال مايميل اليهِ طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا كان او غير منقول

والمالية تثبت بتمويل الناس كافة او بعضهم (تلويح) والفرق بين الملك والمال هو بالعموم والخصوص فكل مال ملك وليس كل ملك مالاً لان المنافع ملك كما تقدم وليست مالاً اذ لا يمكن ادخارها

✻ المادة ١٢٧ ✻ المال المتقوم يستعمل في معنيين الاول بمعنى ما يباح الانتفاع بهِ والثاني بمعني المال المحرز فالسمك في البحر غير متقوم واذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز

فالتقوم اذاً يثبت بالمالية وباباحة الانتفاع به شرعاً فما يباح بلا تمول لا يكون مالاً كحبة حنطة وما يتمول بلا اباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر بحق المسلم واذا عدم الامران لم يثبت واحدٌ منهما كالدم (طحطاوي)

✻ المادة ١٢٨ ✻ المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل الى آخر فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات

والبنا والشجر ان لم يكونا تبعاً للارض

✻ المادة ١٢٩ ✻ غير المنقول ما لا يمكن نقله من مكان الى اخر كالدور والاراضي مما يسمى بالعقار

المادة ١٣٠ ✻ النقود جمع نقد وهو عبارة عن الذهب والفضة سواء كانا مسكوكين او غير مسكوكين

✻ المادة ١٣١ ✻ العروض جمع عرض (بفتح العين وسكون الراء) وهي ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات كالمتاع والقماش

﴿ المادة ١٣٢ ﴾ المقدرات ما تتعين مقاديره بالكيل او الوزن او العدد او الذراع وهي شاملة للمكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات

﴿ المادة ١٣٣ ﴾ الكيلي والمكيل هو ما يكال

﴿ المادة ١٣٤ ﴾ الوزني والموزون هو ما يوزن

﴿ المادة ١٣٥ ﴾ العددي والمعدود هو ما يعد

﴿ المادة ١٣٦ ﴾ الذرعي والمذروع هو ما يقاس بالذراع

﴿ المادة ١٣٧ ﴾ المحدود هو العقار الذي يمكن تعيين حدوده واطرافهِ

﴿ المادة ١٣٨ ﴾ المشاع ما يحتوي على حصص شائعة

﴿ المادة ١٣٩ ﴾ الحصة الشائعة هي السهم الساري الى كل جزء من اجزاء المال المشترك

﴿ المادة ١٤٠ ﴾ الجنس ما لا يكون بين افراده تفاوت فاحش بالنسبة الى الغرض منهُ

﴿ المادة ١٤١ ﴾ الجزاف والمجازفة بيع مجموع بلا تقدير

كبيع صبرة من الحنطة غير معلوم مقدارها او كالشراء بصرة من النقود مشاهدة ولكنه غير معلوم قدرها

﴿ المادة ١٤٢ ﴾ حق المرور هو حق المشي في ملك الغير

﴿ المادة ١٤٣ ﴾ حق الشرب هو نصيب معين معلوم من النهر

﴿ المادة ١٤٤ ﴾ حق المسيل حق جريان الماء والسيل والتوكاف من دار الى الخارج

﴿ المادة ١٤٥ ﴾ المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد بهِ

✻ المادة ١٤٦ ✻ القيمي ما لا يوجد له مثل في السوق او يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة

✻ المادة ١٤٧ ✻ العدديات المتقاربة المعدودات التي لا يكون بين افرادها وآحادها تفاوت في القيمة فجميعها من المثليات كالجوز والبيض انظر المادة ١١١٩

✻ المادة ١٤٨ ✻ العدديات المتفاوتة المعدودات التي يكون بين افرادها وآحادها تفاوت في القيمة فجميعها قيميات كالبطيخ الاخضر والاصفر انظر المادة ١١١٩

✻ المادة ١٤٩ ✻ ركن البيع يعني ماهيته عبارة عن مبادلة مال بمال ويطلق على الايجاب والقبول ايضاً لدلالتهما على المبادلة

✻ المادة ١٥٠ ✻ محل البيع هو المبيع

✻ المادة ١٥١ ✻ المبيع ما يباع وهو العين التي تتعين في البيع وهو المقصود الاصلي من البيع لان الانتفاع انما يكون بالاعيان . والاثمان وسيلة للمبادلة

ولهذا لو تلف المبيع بيد البائع قبل القبض انفسخ البيع وان هلك الثمن فلا ينفسخ ولهذا ايضاً يشترط وجود المبيع دون الثمن والقدرة على تسليم المبيع دون الثمن ايضاً (رد محتار)

✻ المادة ١٥٢ ✻ الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة

قال في الهندية ما يتعين في العقد فهو المبيع وما لا يتعين فهو الثمن الا ان يقع عليه لفظ البيع ثم الاعيان ثلاثة اثمان ابداً ومبيع ابداً وما هو بين مبيع وثمن واما ما هو ثمن ابداً فالدارهم والدنانير قابلها امثالها او اعيان اخر صحبها حرف البا ام لا واما ما هو مبيع ابداً فهي الاعيان التي ليست من ذوات الامثال والعدديات المتقاربة

واما ما هو مبيع وثمن فهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فان قابلها الاثمان فهي مبيعة وان قابلها امثالها مكيل او موزون او عددي متقارب ينظر ان كان كلاهما عيناً جاز وكلاهما مبيع وان كان احدهما عيناً والاخر ديناً موصوفاً في الذمة فان جعل العين منهما مبيعاً والدين ثمناً جاز ويشترط قبض الدين قبل التفرق وان جعل الدين منهما مبيعاً والعين ثمناً لا يجوز وان قبض الدين قبل التفرق لانه يصير بائعاً ما ليس عنده ولا يجوز الا بجهة السلم وعلامة الثمن ان يصحبه البا وعلامة المبيع ان لا يصحبه الباء وان كان كلاهما ديناً لم يجز لانه بيع ما ليس عنده اه

﴿ ١٥٣ ﴾ الثمن المسمى هو الثمن الذي يسميه ويعينهُ العاقدان وقت البيع بالتراضي سواء كان مطابقاً لقيمته الحقيقية او ناقصاً عنها او زائداً عليها

﴿ المادة ١٥٤ ﴾ القيمة هي الثمن الحقيقي للشيء

﴿ المادة ١٥٥ ﴾ المثمن هو الشيء الذي يباع بالثمن

﴿ المادة ١٥٦ ﴾ التأجيل تعليق الدين وتأخيره الى وقت معين

﴿ المادة ١٥٧ ﴾ التقسيط تأجيل اداء الدين مفرقاً الى اوقات متعددة معينة

﴿ المادة ١٥٨ ﴾ الدين ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر والمقدار المعين من الدراهم او من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين

الدين وصف يثبت في الذمة كما لو اشتريت مالاً بالف فان الالف دين في ذمتك للبائع ولما كان الدين وصفاً لم يكن من الممكن ان يقضى بعينه بل بمثله فلو اديت الالف الى البائع فلا تكون قد اديت له عين ما كان واجباً عليك بل مثله وكذا لو استدنت من زيد الف درهم ثم قبضتها فان الدراهم التي اديتها لزيد ليست نفس الدراهم التي قبضتها منه بل مثلها . وقوله ومقدار منها ليس بحاضر فهو كما لو اقر لك

وهو في السوق بالف درهم موجودة عنده في البيت اذ لو كانت قائمة بين يديكما لاصبحت اعياناً ولكنه في هذه الصورة لو اقر لك لا بالدراهم كلها بل بمقدار منها فقط كمئة مثلاً كانت المئة ديناً لك عليه

* المادة ١٥٩ * العين الشيء المعين المشخص كبيت وحصان وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين فكلها اعيان

* المادة ١٦٠ * البائع هو من يبيع

* المادة ١٦١ * المشتري هو من يشتري

* المادة ١٦٢ * المتبايعان هما البائع والمشتري ويسميان عاقدين ايضاً

* المادة ١٦٣ * الاقالة رفع عقد البيع وازالته

لا تختص الاقالة بعقد البيع كما يوهم ظاهر التعبير بل تعم جميع العقود فيقال اقالة الاجارة والرهن كما يقال اقالة البيع ولكنها تستعمل لرفع العقود اللازمة لا لفسخ غير اللازم منها كالبيع الفاسد والموقوف والبيع بشرط الخيار

* المادة ١٦٤ * التغرير هو الغش كما لو قال المشتري للبائع ان متاعك لا يساوي الفاً فبعه مني بالف فانت الرابح

* المادة ١٦٥ * الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض. والعشر في الحيوانات. والخمس في العقار او زيادة

اي اذا نقصت القيمة الى هذا الحد او اكثر كان الغبن فاحشاً والقيمة تثبت باخبار الخبراء الخُلُوُّ عن الغرض (علي افندي)

* المادة ١٦٦ * القديم هو الذي لا يوجد من يعرف اوله

الباب الاول

في بيان المسائل المتعلقة بعقد البيع وفيه خمسة فصول

الفصل الاول

في ما يتعلق بركن البيع

﴿ المادة ١٦٧ ﴾ البيع ينعقد بايجاب وقبول

فيه اشارة الى انه يشترط ان يكون العاقد متعدداً فالواحد لا يتولى طرفي العقد كما صرح به في الخانية وغيرها الا في المسائل الآتية فقط . الاولى والثانية اذا اشترى الاب مال طفله او باع ماله من طفله فانه يكتفي بلفظ واحد لان عبارة الاب لكمال شفقته اقيمت مقام العبارتين فلم يحتج الى القبول وكان اصيلاً في حق نفسه ونائباً عن طفله حتى اذا بلغ الصبي كانت العهدة عليه دون ابيه بخلاف ما اذا باع مال طفله من اجنبي فبلغ كانت العهدة على الاب واذا اشترى الاب مال طفله لا يبرا من الثمن حتى ينصب القاضي وكيلاً يقبضه للصغير ثم يرده لابيه فيكون امانة عنده (درر) وانما يكتفى بلفظ واحد في بيع الاب ماله من طفله وشرائه منه اذا اتى بلفظ يكون اصلاً في ذلك اللفظ بان باع ماله فقال بعت هذا من ولدي فانه يكتفى بقوله بعت اما اذا اتى بلفظ لا يكون اصلاً في اللفظ بان اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت هذا لولدي فلا يكفى بقوله اشتريت ويحتاج الى قوله بعت (خانية) والجد ابو الاب عند انعدام الاب بمنزلته (هندية) الثالثة اذا باع وصي الاب ماله من اليتيم او اشترى لنفسه مال اليتيم وكان ذلك خيراً لليتيم فيصح بيعه وشراؤه بلفظ واحد ومعنى الخيرية في المنقول ان يشتري لنفسه من مال اليتيم ما يساوي عشرة بخمسة عشر وان يبيع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر بعشرة وفي العقار ان يشتري لنفسه بضعف القيمة وان يبيع ماله من اليتيم بنصف القيمة (خانية) . الرابعة اذا اشترى الوصي مال اليتيم للقاضي بامر القاضي (در منتقى) اما القاضي فلا يجوز ان يعقد لنفسه بيعاً او شراء لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل (مجمع الانهر) وكذا وصيه لانه وكيله

(رد محتار)٠ الخامسة اذا كان للاب ابنان صغيران فباع مال احدهما من الاخر جاز وان بلغا فالعهدة عليهما في الصحيح اما الوصي فلا يصح شراؤه مال احد اليتيمين للاخر وكذا اذا اذن لهما بالتجارة ليتبايعا لا يجوز لان الوصي لو باشر ذلك لا يصح فكذلك من استفاد التصرف من جهته (هندية) والقاضي في هذا كالوصي (رد محتار)

تتمة اذا وكل الاب رجلاً ببيع عبد الاب من ابنه لا يجوز اذا كان الابن صغيراً لا يعبر عن نفسه الا اذا قبل الاب العقد من الوكيل فيجوز والصحيح ان حقوق العقد تثبت للوكيل وتكلموا في ان الآمر يكون متصرفاً لنفسه او للصغير والصحيح انه متصرف للصغير نائب عنه وما كان من حقوق العقد من جانب الابن فعلى الاب وما كان من جانب الاب فعلى الوكيل وكذلك لو وكل الاب رجلاً ببيع مال ابنيه من الاخر لا يجوز ولو وكل رجلين فتبايعا جاز ولو وكل الاب رجلاً ببيع مال ابنه فباعه الوكيل من الاب جاز كما جاز للقاضي ان يشتري مال اليتيم من الوصي وان كان هذا القاضي هو الذي جعله وصياً ولكن لا يجوز لاحد الوصيين ان يبيع مال اليتيم من الوصي الاخر (هندية) وفي الخانية ولو امر الوصي رجلاً بان يشتري شيئاً من مال اليتيم فاشترى لموكله لا يجوز اه

ثم انه وان كان البيع ينعقد بالايجاب والقبول الا انه اذا كان المبيع عقاراً فلا بد ايضاً من ربطه بسند من سندات الدفتر الخاقاني والا فلا تسمع الدعوى به لانه بتاريخ ٢٧ جمادى الاخرى ١٣٢٠ و ١٧ ايلول سنة ١٣١٨ صدرت الارادة السنية بناء على قرار شورى الدولة وقرار مجلس الوكلاء الخاص بمنع الحكام من سماع دعوى البيع والشراء اذا ربطا بسند عادي ولم يربط بسند خاقاني الا ان ذلك لا يشمل البيوع الواقعة قبل ذلك التاريخ

﴿ المادة ١٦٨ ﴾ الايجاب والقبول في البيع هما كل لفظين مستعملين لانشاء البيع في عرف البلدة

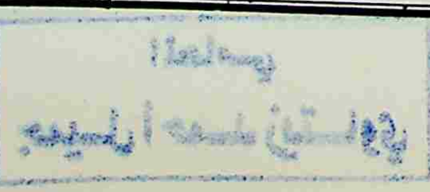
اي عبارة عن كل لفظين ينبئان عن معنى التمليك والتملك (تنوير) فينعقد البيع بلفظ الهبة والجعل كقوله وهبت منك هذا العبد بالف درهم وقال الاخر قبلت او جعلت لك هذا بكذا وكقول المديون للدائن جعلت لك هذا بدينك انعقد البيع على الصحيح في كل هذه الصور وينعقد ايضاً بلفظ رضيت او امضيت او اجزت فلو قال

المشتري اشتريت بكذا فقال البائع رضيت او امضيت او اجزت صح البيع وكذا لو قال هذا العبد بيع لك بدينك فقبل الاخر فينعقد البيع وكذا لو قال لغيره اشتريت عبدك هذا بالف درهم فقال البائع قد فعلت او قال نعم او قال هات الثمن صح البيع على الاصح ولو قال اشتريت بكذا فقال البائع هو لك او عبدك او فداك تم البيع (هندية) وفي رد المحتار وينعقد ببيع معلق بفعل قلب كما في البحر كإن اردت او ان اعجبك او وافقك فان قال المشتري اردت او اعجبني او وافقني تم البيع وكذا لو قال ان اديت لي الثمن فقد بعتك فان ادى في المجلس صح ويصح الايجاب بقوله اشركتك فيه او ادخلتك فيه او جعلت لك هذا بالف. وفي عرفنا يسمى بيع الثمار على الاشجار ضماناً فاذا قال ضمنتك هذه الثمار بكذا وقبل الاخر ينبغي ان يصح. وكذا تعارفوا في بيع احد الشريكين في الدواب حصته لشريكه الاخر لفظ المقاصرة فيقول قاصرتك بكذا ومراده بعتك حصتي من هذه الدابة بكذا فاذا قبل الآخر صح لانها من الفاظ التمليك عرفاً اه والحاصل انه لا يمكن احصاء الالفاظ المستعملة لانشاء البيع بل ان الضابط لها العرف والعادة

☀ المادة ١٦٩ ☀ الايجاب والقبول يكونان غالباً بصيغة الماضي كبعت واشتريت

وذلك لان البيع انشاء تصرف والشرع قد اعتبر الموضوع للاخبار اي الماضي انشا في جميع العقود ولان الماضي ايجاب وقطع والمستقبل وعد او امر ولهذا اقتضى ان يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي لانهما وضعا لانشاء البيع (درر)

واي لفظ من هذين ذكر اولاً فهو ايجاب والثاني قبول فلو قال البائع بعت منك هذا المتاع بمئة قرش ثم قال المشتري اشتريت او قال المشتري اولاً اشتريت ثم قال البائع بعت انعقد البيع ويكون لفظ بعت في الاولى ايجاباً واشتريت قبولاً وفي الثانية بالعكس وينعقد البيع ايضاً بكل لفظ ينبيء عن انشاء التمليك والتملك كقول البائع اعطيت او ملكت وقول المشتري اخذت او تملكت او رضيت وامثال ذلك



﴿ المادة ١٧٠ ﴾ ينعقد البيع بصيغة المضارع ايضاً اذا اريد بها الحال كابيع واشتري واذا اريد بها الاستقبال لا ينعقد

وذلك لان المضارع يحتمل الحال والاستقبال فان اريد به الحال انعقد البيع وان اريد بهِ الاستقبال لا ينعقد

﴿ المادة ١٧١ ﴾ صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سابيع وساشتري لا ينعقد بها البيع

وكذا لا ينعقد البيع بصيغة الاستفهام كما لو قال للبائع اتبيعني مالك هذا بألف فقال البائع بعت فالبيع لا ينعقد الا ان يعود المشتري بعد قول البائع بعت فيقول اشتريت اذ يجعل لفظ بعت ايجاباً ولفظ اشتريت قبولاً (هندية)

﴿ المادة ١٧٢ ﴾ لا ينعقد البيع بصيغة الامر ايضاً كبع واشترِ الا اذا دلت بطريق الاقتضا على الحال فحينئذٍ ينعقد بها البيع فلو قال المشتري بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال البائع بعتك لا ينعقد البيع اما لو قال البائع للمشتري خذ هذا المال بكذا من الدراهم وقال المشتري اخذته او قال المشتري اولاً اخذت هذا الشيء بكذا غروشاً وقال البائع خذهُ او قال الله يبارك لك فيه او مثله انعقد البيع . فان قوله خذه والله يبارك ههنا بمعنى ها انا بعت فخذ

لان قول البائع خذه امر بالاخذ بالبدل فهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فيثبت العقد باعتباره (درر)

﴿ المادة ١٧٣ ﴾ كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكونان بالمكاتبة ايضاً

ويكونان ايضاً بالرسالة كما لو قال بعت هذا من فلان بكذا فاذهب يا فلان و بلغه فذهب الرسول واخبر المشتري فقبل في مجلس وصول الرسالة اليه تم البيع (درر) وسيأتي تمام ذلك في شرح المادة ١٨١ وانظر ايضاً المادة ٦٩ ويصح رجوع الكاتب

او المرسل عن الايجاب قبل قبول المكتوب له او المرسل اليه سواء علما بالرجوع اولم يعلما (هندية)

﴿المادة ١٧٤﴾ ينعقد البيع بالاشارة المعروفة للاخرس

انظر المادة ٧٠ واما الاشارة من الناطق فلا ينعقد بها البيع لان الاشارة لا تعتبر بحقهِ ويدلـ عليه ما في الحاوي الزاهدي فضولي باع مال غيره فبلغه فسكت متأملاً فقال ثالث هل اذنت لي في الاجازة فقال نعم فاجازه ينفذ ولو حرَّك راسه بنعم فلا لان تحريك الراس في حق الناطق لا يعتبر اه لكن اذا قال لهُ بعه مني بكذا فاشار براسه نعم فقال الاخر اشتريت وحصل التسليم بالتراضي كان ذلك بيعاً بالتعاطي بخلاف ما اذا لم يحصل التسليم من احد الجانبين لان لا بد من وجوده ولو من احدهما (رد محتار)

﴿المادة ١٧٥﴾ حيث ان المقصد الاصلي من الايجاب والقبول هو تراضي العاقدين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي و يسمى هذا بيع التعاطي مثال ذلك ان يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز بدون تلفظ بايجاب وقبول او ان يعطي المشتري الثمن للبائع و يأخذ السلعة و يسكت البائع وكذا اذا جاء رجل الى بائع الحنطة ودفع لهُ خمسة دنانير وقال بكم تبيع المد من هذه الحنطة فقال بدينار فسكت المشتري ثم طلب منهُ الحنطة فقال له البائع اعطيك اياها غداً ينعقد البيع ايضاً وان لم يجر بينهما الايجاب والقبول وفي هذه الصورة لو ترقى سعر مد الحنطة في الغد الى دينار ونصف يجبر البائع على اعطاء الحنطة بسعر المد بدينار وكذا بالعكس لو رخصت الحنطة وتدنى سعرها فالمشتري مجبر على قبولها بالثمن الاول وكذا لو قال المشتري للقصاب زن لي بخمسة غروش لحماً من هذا الجانب من هذه الشاة فقطع القصاب اللحم ووزنه واعطاه اياه

انعقد البيع وليس للمشتري الامتناع عن قبوله واخذه

ولو لم يُعطهِ اللحام اللحم واما اذالم يعين الجانب الذي يجب ان يقطع منه بان قال زن لي من هذا اللحم بكذا لا يكون بيعاً وللآمر ان يمتنع عن اخذ اللحم وكذا اذا قال له زن لي من هذا اللحم بكذا وضعه في هذا الزنبيل حتى اجيء بعد ساعة ففعل القصاب ذلك فاكلت الهرة اللحم فانه يهلك عَلَى القصاب لان الوكالة لم تصح حيث انه لم يبين موضع اللحم اما اذا بين بان قال من الذراع او الجنب فحينئذٍ يكون الهلاك عَلَى المشتري لان البيع يكون قد صح فتصح الوكالة بالقبض (خانية) وهذا كما لو اشترى حنطة ودفع الى البائع جولقاً ليكيلها ويضعها فيه ففعل يصير المشتري قابضاً كما مرَّ في المادة ٥٤ ويصح البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس على ما هو المعتمد(ملتقى) ويصح ايضاً ولو كان الاعطاء من احد الجانبين فقط وبه يفتى (تنوير وغرر) وصورته ان يتفقا على الثمن ثم ياخذ المشتري المتاع ويذهب برضا صاحبه من غير ان يدفع الثمن او ان يدفع المشتري الثمن للبائع ويذهب بدون قبض المبيع فان البيع لازم على الصحيح وهذا فيما ثمنه غير معلوم اما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه الى بيان الثمن ذكره في البحر ويراد في صورة دفع الثمن فقط ان المبيع موجود معلوم لكن المشتري دفع ثمنه ولم يقبضه (طحطاوي) ومن صوره ايضاً المثال الوارد في متن المادة بقوله كذا لو جاء رجل الى بائع حنطة الخ وهذا المثال منقول عن القنية وفيه اربع مسائل الاولى الانعقاد بالتعاطي . الثانية الانعقاد بالخسيس والنفيس . الثالثة الانعقاد بالتعاطي من جانب واحد . الرابعة كما ينعقد باعطاء المبيع ينعقد باعطاء الثمن كذا في رد المحتار ومن صور بيع التعاطي ما لو طالب مديونه فبعث اليه شعيراً قدراً معلوماً وقال خذه بسعر البلد والسعر لهما معلوم كان بيعاً وان لم يعلماه فلا (خيرية) ومن صوره ايضاً تسليم المشتري المبيع الى من يطلبه بالشفعة في موضع لا شفعة فيه وكذا تسليم الوكيل بالشرا المبيع الى الموكل بعد ما صار شراؤه لنفسه او بعد ما انكر الموكل التوكيل (هندية) وفي الدر المختار ما يستجره الانسان من البياع كالزيت والعدس والملح وما شاكل اذا حاسبه على اثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً

وقد علم مما تقدم في هذه المادة وشرحها انه لا بد في انعقاد البيع من التعاطي ولو من احد الجانبين والا فلا ينعقد فلو قال للمكاري بكم حمل الحطب هذا فاجابهُ بعشرة فقال له احمله الى بيتي فحمله فلا ينعقد البيع الا ان يسلم الحطب في البيت كما في

البزازية لان الثمن لم يسلم للبائع ونقل الحطب الى البيت لا يعد تسليماً

❊ المادة ١٧٦ ❊ اذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن او تزييده او تنقيصه يعتبر العقد الثاني

وينفسخ العقد الاول ويراد بتبديل الثمن تبديل جنسه كما لو باعه بدينار ثم باعه بمائة درهم فالعبرة للعقد الثاني اما لو تكرر عقد البيع دون تبديل الثمن او تزييده او تنقيصه فيعتبر العقد الاول والثاني لغو (طحطاوي)

فلو تبايع رجلان مالاً معلوماً بمائة غرش ثم بعد انعقاد البيع تبايعا ذلك المال بذهب من ذوات المائة او بمائة وعشرة او بتسعين غرشاً يعتبر العقد الثاني

ويكون فسخاً للعقد الاول سواء كان البيع الثاني باكثر من الثمن الاول او اقل حتى لو اقام البائع البينة انه باع داراً من فلان بالف في رمضان واقام المشتري بينة انه اشتراها في شوال بخمسمائة يقضى بالبيع الثاني (انقروي) واختلفوا فيما اذا كان الثاني فاسداً هل يتضمن فسخ الاول قال في النهر ومقتضى النظر ان الاول لا ينفسخ ولكن جزم في البزازية وجامع الفصولين بانه ينفسخ وكذا قال في الذخيرة ان الثاني وان كان فاسداً فانه يتضمن فسخ الاول كما لو اشترى قلب فضة وزنه عشرة بعشرة وتقابضا ثم اشتراه منه بتسعة وعلله البزازي بان الفاسد ملحق بالصحيح في كثير من الاحكام (رد محتار)

الفصل الثاني

في بيان لزوم موافقة القبول للايجاب

❊ المادة ١٧٧ ❊ اذا اوجب احد العاقدين بيع شي بشيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب وليس له تبعيض الثمن او المثمن وتفريقهما

بل عليه ان يقبل كل المبيع بكل الثمن او يترك فان قبل غير ما اوجبهُ الموجب او بعضه او بغير ما اوجبهُ او ببعضه لا ينعقد البيع لتفرق الصفقة الذي لا يجوز الا في

الشفعة كما لو باع عبداً وعقاراً فطلب الشفيع اخذ العقار وحده فله ذلك وان تفرقت الصفقة على البائع (طحطاوي عن البحر) وانما يأخذ العقار بحصته من الثمن على الوجه الذي يأتي بيانه في شرح المادة ١٠٤١

فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الثوب بمائة غرش مثلاً فاذا قبل المشتري البيع على الوجه المشروح اخذ الثوب جميعه بمائة غرش وليس له ان يقبل جميعه او نصفه بخمسين غرشاً وكذا لو قال له بعتك هذين الفرسين بثلاثة آلاف غرش وقبل المشتري ياخذ الفرسين بالثلاثة الآلاف وليس له ان ياخذ احدهما بالف وخمسمائة

وذلك لئلا يلزم تفريق الصفقة التي هي في الاصل ضرب اليد على اليد ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه (رد محتار) ومما يجب التدقيق به في هذا الباب معرفة ما يوجب تفريق الصفقة واتحادها وحاصل ما ذكروه ان الموجب اذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول احدهما بائعاً كان الموجب او مشترياً واذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يجز القبول في حصة احدهما واذا اتحدا لم يجز قبول المخاطب في البعض فلا يصح تفريق الصفقة مطلقاً في هذه الاحوال الثلاثة وكذا اذا اتحد العاقدان وتعدد المبيع كأن يوجب في مثليين او قيمي ومثلي لم يجز تفريقهما بالقبول في احدهما الا ان يرضى الموجب بذلك ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد او مكيل وموزون فيكون القبول ايجاباً والرضا قبولاً ويبطل الايجاب الاول واما اذا كان المبيع مما لا ينقسم الثمن عليه الا بالقيمة كثوبين وعبدين فلا يجوز تفريق الصفقة فيه ولو رضي الموجب الا اذا فصّل الثمن وكرر لفظ الايجاب مثل ان يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف (طحطاوي) اما لو فصل الثمن ولم يكرر لفظ الايجاب فعند الامام لا يصح لان عنده يتكرر البيع بتكرار الايجاب عندهما بتفصيل الثمن (مجمع الانهر) وقد اختارت المجلة قول الامام في المادتين ١٧٩ و ١٨٠

﴿المادة ١٧٨﴾ تكفي موافقة القبول للايجاب ضمناً · فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا المال بالف غرش وقال المشتري اشتريته منك

بالف وخمسمائة انعقد البيع على الالف الا انه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس لزم المشتري حينئذ ان يعطيه خمسماية القرش التي زادها ايضاً

واما اذا لم يقبل البائع تلك الزيادة في المجلس فلا يجبر المشتري على دفعها اليه بل يلزم البيع بالف فقط (هندية) وفيها لو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف لم يجز وان قال قبلت البيعين جميعاً بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الاخير بثلاثة الاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها اه

وكذا لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال بالف غرش فقال البائع بعته منك بثمانمائة غرش ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الالف

وفي الخانية رجل ساوم رجلاً بثوب فقال البائع ابيعه بخمسة عشر وقال المشتري لا آخذه الا بعشرة فذهب به ولم يقل البائع شيئاً فهو بخمسة عشر ان كان المبيع في يد المشتري حين ساومه وان كان في يد البائع فاخذه منه المشتري ولم يمنعه البائع فهو بعشرة ولو كان في يد المشتري وقال لا آخذه الا بعشرة وقال البائع لا ابيعه الا بخمسة عشر فرده عليه المشتري ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع اليه ولم يقل شيئاً فذهب به المشتري فهو بعشرة اه

﴿المادة ١٧٩﴾ لو اوجب احد المتبايعين في اشياء متعددة بصفقة واحدة سواء عين لكل منها ثمناً على حدة ام لم يعين فللآخر ان يقبل ويأخذ جميع المبيع بكل الثمن وليس له ان يقبل ويأخذ ما شاء منها بالثمن الذي عين له بتفريق الصفقة

وكذا لو اوجب في شيء واحد كما لو قال البائع بعتك هذا الفرس بالف فقال المشتري اشتريت نصفها بخمسمائة لا ينعقد البيع لان فيه تفريق الصفقة على البائع ولكن لو رضي البائع بذلك جاز البيع ويجعل رضاه قبولاً وقبول المشتري ايجاباً لان هذا المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء (مجمع الانهر) راجع ايضاً شرح المادة ١٧٧

مثلاً لو قال البائع بعت هذين الفرسين بثلاثة الاف غرش هذا بالف وهذا بالفين او قال كل واحد منهما بالف وخمسمائة غرش فللمشتري ان ياخذ الفرسين بثلاثة الاف غرش وليس له ان ياخذ احدهما بالثمن الذي عين له' وكذا لو قال البائع بعت هذه الاثواب الثلاثة كل واحد بمائة غرش وقال المشتري قبلت احدها بمائة او ثوبين منها بمائتي غرش لا ينعقد البيع

الا اذا رضي البائع اما اذا لم يفصل الثمن بان قال بعتك هذه الاثواب بالف فقال المشتري اشتريت هذا بمائة فلا ينعقد البيع ولو رضي البائع لان هذا المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة فلو صح لادّى الى البيع بالحصة ابتداء وهو لا يجوز (در مختار) وصورة البيع بالحصة ابتداء ان يقول بعت منك هذا العبد بحصته من الالف الموزع عَلَى قيمته وقيمة ذلك العبد الاخر فانه باطل لجهالة الثمن وقت البيع وقوله ابتداء خرج به البيع بالحصة انتهاء كما لو باعه' داراً بتمامها فاستحق بعضها ورضي المشتري بالباقي فانه يصح لعروض البيع بالحصة انتهاء (رد محتار) راجع المادة ٥٥ وشرحها

❊ المادة ١٨٠ ❊ لو ذكر احد المتبايعين اشياء متعددة وبين لكل واحد ثمناً على حدته وجعل لكلٍ على الانفراد ايجاباً وقبل الاخر بعضها بالثمن المسمى له' انعقد البيع في ما قبله فقط . مثلاً لو ذكر البائع اشياء متعددة وبين لكل منها ثمناً معيناً على حدة وكرر لفظ الايجاب لكل واحد منها على الانفراد كأن يقول بعت هذا بالف وبعت هذا بالفين فالمشتري حينئذٍ له' ان يقبل وياخذ ايهما شاء بالثمن الذي عين له'

لانه بتكرار الايجاب يتكرر العقد فصار كانه باع بصفقات متعددة

الفصل الثالث

في حق مجلس البيع

﴿المادة ١٨١﴾ مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع

وهذا الاجتماع لا بد من وجوده حقيقة او حكماً حتى ينعقد البيع ولهذا قالوا لا يتوقف شطر العقد اي الايجاب على قبول غائب فلو قال بعت فلاناً الغائب فبلغه فقبل لم ينعقد البيع اتفاقاً كما في التنوير لانعدام المجلس حقيقةً وحكماً ولكن يتوقف الايجاب على قبول الغائب اذا كان بكتابة او رسالة و يعتبر مجلس بلوغها (در مختار) وصورة الكتابة ان يكتب اما بعد فقد بعتك عبدي فلاناً بكذا وصورة الرسالة ان يقول لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب يافلان و بلغه فاذا قبل المشتري في مجلس وصول الكتابة او الرسالة اليه تم البيع بينهما لوجود مجلس البيع حكماً اذ تعتبر قراءة المشتري الرسالة او استماعه كلام الرسول بمنزلة الايجاب من الكاتب او المرسل فاذا قبل في ذلك المجلس فقد صدر الايجاب والقبول في مجلس واحد (رد محتار بزيادة)

﴿المادة ١٨٢﴾ المتبايعان بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس

وهذا يسمى خيار القبول وهو لا يورث فلو مات احد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب (هندية)

مثلاً لو اوجب احد المتبايعين في مجلس البيع بان قال بعت هذا المال او اشتريت ولم يقل الآخر على الفور اشتريت او بعت بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ينعقد البيع وان طالت تلك المدة

لان خيار القبول يمتد الى آخر المجلس للحاجة الى التفكر والتروي والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر (درر)

﴿المادة ١٨٣﴾ لو صدر من احد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول قول او فعل يدل على الاعراض بطل الايجاب ولا عبرة بالقبول

الواقع بعد ذلك· مثلاً لو قال احد المتبايعين بعت او اشتريت واشتغل الاخر قبل القبول بامر آخر او بكلام اجنبي لا تعلق له بعقد البيع بطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعده ولو قبل انفضاض المجلس

و يبطل الايجاب ايضاً بهلاك المبيع قبل القبول و بتغيره بزيادة كولادة او نقصان كقطع يد بخلاف قلع عين بآفة سماوية و يبطل ايضاً بهبة البائع الثمن من المشتري قبل القبول (رد محتار) و بقيام احدهما وان لم يذهب عن مجلسه عَلَى الراجح (در مختار) ولو كان قيامه لمصلحة لا معرضاً كما في القنية و كذا بكل ما يدل عَلَى الاعراض كالاشتغال بعمل اخر كالاكل الا اذا كان لقمة والشرب الا اذا كان الاناء في يده والنوم الا ان يكونا جالسين والكلام ولو لحاجة والمشي مطلقاً في ظاهر الرواية حتى لو تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو عَلَى دابة واحدة لم يصح واختار غير واحد كالطحطاوي انه ان اجاب عَلَى فور كلامه متصلاً جاز وصححه في المحيط اما لو تبايعا وهما في السفينة فانه يصح لكون السفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لانهما لا يملكان ايقافها (طحطاوي عن النهر) قلت ومثل السفينة سكة الحديد وفي مجمع الانهر وان كان احدهما قائماً فقعد ثم قبل فانه يصح لانه بالقعود لم يكن معرضاً اه

✻ المادة ١٨٤ ✻ لو رجع احد المتبايعين عن البيع بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب فلو قبل الاخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع مثلاً لو قال البائع بعت هذا المتاع بكذا وقبل ان يقول المشتري قبلت رجع البائع ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع

و كذا يبطل الايجاب ايضاً لو خرج قبول المشتري ورجوع البائع معاً (خانية) غير انه يشترط ان يكون المشتري سمع رجوع البائع ولكن قال في اليتيمية يصح الرجوع وان لم يعلم به الاخر (هندية) وفيها و بعد ما كتب شطر العقد او ارسل رسولاً اذا رجع عن ذلك صح رجوعه سواء علم الرسول او لم يعلم وفي فتح القدير و يصح رجوع الكاتب او المرسل عن الايجاب الذي كتبه او ارسله قبل بلوغ الاخر وقبوله سواء علم الاخر او لم يعلم حتى لو قبل الاخر بعد ذلك لا يتم البيع اه

﴿المادة ١٨٥﴾ تكرار الايجاب قبل القبول يبطل الاول ويعتبر فيه الايجاب الثاني . فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الشيء بمائة غرش ثم بعد هذا الايجاب قبل ان يقول المشتري قبلت رجع فقال بعتك اياه بمائة وعشرين غرشاً وقبل المشتري يلغى الايجاب الاول وينعقد البيع على مائة وعشرين غرشاً

الفصل الرابع

في الشرط بالبيع

﴿المادة ١٨٦﴾ البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر

ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد ان يجب بالعقد من غير شرط (رد محتار) كما لو باع بشرط تسليم المبيع على البائع والثمن على المشتري فالبيع صحيح والشرط معتبر لان هذا الشرط يقتضيه العقد وكذا

لو باع بشرط ان يحبس المبيع الى ان يقبض الثمن فهذا الشرط لا يضر في البيع بل هو بيان لمقتضى العقد

ولان هذا الشرط يقتضيه العقد ايضا فان للبائع حبس المبيع الى ان يقبض الثمن ولو لم يشترط ذلك في العقد كما سيأتي في المادة ٢٧٨ ومن هذا القبيل ما لو باع زيتاً على ان يزنه بظرفه و يطرح عنه وزن الظرف فانه يصح ايضاً لانه شرط يقتضيه العقد ولو اختلفا في نفس الظرف [1] او قدره فالقول للمشتري بيمينه لانه في الصورة الاولى قابض وفي الصورة الثانية منكر وهذا بخلاف ما لو باع زيتاً على ان يزنه بظرفه و يطرح عنه بكل ظرف مقدار كذا فانه فاسد لمخالفته مقتضى العقد اذ مقتضاه ان يطرح مقدار وزن الظرف (تنوير وشرحه للعلائي) وكذا لو اشترى شيئاً بشرط ان

---

(١) والمقصود بالاختلاف في نفس الظرف اختلاف العاقدين بين ان يكون هذا او ذاك بعد قبض المشتري

يتسلمه من البائع قبل نقد ثمنه فالبيع فاسد (هندية) لان مقتضى العقد نقد الثمن اولاً كما سيأتي في المادة ٢٦٢

﴿المادة ١٨٧﴾ البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط معتبر·

مثلاً لو باع بشرط ان يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً او ان يكفل له الثمن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبراً حتى انه اذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد لان هذا الشرط مؤيد لتسليم الثمن الذي هو مقتضى العقد

غير انهُ يشترط في ذلك ان يكون الرهن والكفيل معلومين بالاشارة او التسمية وان يقبل الكفيل الكفالة في مجلس البيع ولكن اذا كان الكفيل غائباً فحضر وقبل الكفالة قبل افتراق المجلس جاز واما اذا لم يحضر بل كفل حين علم فسد البيع (رد محتار) وان لم يكن الرهن معينا بل كان مسمى ان كان عرضاً لم يجز وان كان مكيلا او موزوناً موصوفاً فهو جائز وان لم يكن الرهن معلوماً ولا مسمى وانما شرطا ان يرهن بالثمن رهناً فالبيع فاسد الا اذا تراضيا على تعيين الرهن في المجلس ودفعه المشتري الى البائع قبل ان يتفرقا او يعجل المشتري الثمن ويبطل الاجل فيجوز البيع استحساناً واذا اشترى شيئاً بشرط ان يكفل فلان بالدرك فهو كالبيع بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهناً او كفيلاً فانه يصح اذا كان الكفيل حاضراً في مجلس العقد وكفل (هندية)

﴿المادة ١٨٨﴾ البيع بشرط متعارف وهو الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر· مثلاً لو باع الفروة على ان يخيط بها الظهارة او القفل على ان يسمره في الباب او الثوب على ان يرقعه يصح البيع ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط

وهذا اذا كان الشرط متعارفاً في عرف البلدة والا فالشرط مفسد والبيع فاسد راجع شرح المادة ٣٦ ولو باع الثمر على الشجر وكان بعضه قد ادرك والبعض الاخر لم يدرك فشرط بقاءه على الشجر حتى ينضج صح على قول محمد وبه يفتى (رد محتار)

﴿المادة ١٨٩﴾ البيع بشرط ليس فيه نفع لاحد العاقدين يصح والشرط لغو. فبيع الحيوان على ان لا يبيعه المشتري لآخر او على شرط ان يرسله الى المرعى صحيح والشرط لغو

وكذا كل شرط فيه نفع لمبيع ليس من اهل الاستحقاق كبيع الدابة بشرط ان لا يركبها المشتري فالبيع صحيح والشرط لغو (تنوير) وكذا لو شرطا في البيع نفعاً على اجنبي كما اذا باعه شيئاً بشرط ان يقرضه فلان عشرة دراهم فالبيع صحيح والشرط لغو واما اذا شرطا النفع لاجنبي كما اذا باع داراً بشرط ان يسكنها فلان فالبيع فاسد وبه جزم في الفتح واختار القهستاني وصاحبا الهداية والوقاية جواز البيع وبطلان الشرط وبه جزم في الخانية والحاصل انهما قولان في المذهب (رد محتار)

تتمة: ومن الشروط التي يصح بها البيع ويعتبر الشرط شرط قطع الثمار المبيعة على المشتري لانه يقتضيه العقد تفريغاً لملك البائع وشرط تركها على النخيل بعد ادراكها على المفتى به وشرط وصف مرغوب فيه وشرط رده بعيب وجد فيه وشرط كون الطريق لغير المشتري وشرط كون البقرة حلوباً والفرس هملاجاً اي سهل السير بسرعة وشرط كون الثوب سداسياً فاذا وجده خماسياً اخذه بكل الثمن او تركه لانه اختلاف نوع لا جنس وشرط كون السويق ملتوتاً بمن سمن وشرط كون الصابون متخذاً من كذا جرة من الزيت وكذا لو اشترى قميصاً بشرط كونه متخذاً من عشرة اذرع وفي هذه الصور الثلاث لو كان المشتري ينظر الى المبيع وقبضه ثم ظهر انه متخذ من اقل مما ذكر من السمن او الزيت او القماش جاز البيع بلا خيار لان هذا مما يعرف بالعيان فاذا عاينه انتفى الغرر. ومنها لو باع بشرط ان المشتري يحيله بالثمن على غيره جاز استحساناً بخلاف ما لو باع بشرط ان البائع يحيل بالثمن احداً على المشتري فانه فاسد. ومنها البيع بشرط تأجيل الثمن الى اجل معلوم وشرط الاشهاد على البيع وشرط البراءة من العيوب فان كل ذلك جائز (رد محتار ملخصاً) ومنها ايضا لو اشترى حنطة في سنبلها وشرط التذرية والدوس على البائع جاز لانه باع الحنطة فكانت التذرية عليه وكذا لو باع رقبة الطريق بشرط ان يكون للبائع حق المرور ومثله لو باع العلو على ان يكون للبائع حق قرار العلو عليه فانه يصح وكذا اذا اشترط

اجرة الكيل واجرة الدلال على البائع فانه يجوز لكونه شرطا يقتضيه العقد ولو باع شيئا على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر فسد البيع اذا كان الثمن حالاً اما لو باع بالف الى شهر على ان يؤدي الثمن اليه في بلد آخر جاز البيع بالف الى شهر و يبطل شرط الايفاء في بلد اخر. لانه باع بالف الى اجل معلوم وانما ذكر الايفاء في بلد اخر لتعيين مكان الايفاء وتعيين مكانه فيما لا حمل له ولا مؤونة لا يصح وان كان الثمن شيئا له حمل ومؤونة يصح تعيين مكان الايفاء و يجوز البيع ايضا (خانية ملخصا) وفي الهندية ولو قال بعتك فرسي هذا بالف درهم على ان تعطيني فرسك هذا زيادة جاز ويكون هذا زيادة في الثمن اه

ومن الشروط التي تفسد العقد ما لو باع شاة على انها تحلب كذا رطلاً او اشتراها على انها تضع بعد شهر او اشترى ارضاً على ان خراجها على البائع فسد البيع في هذه الصور (هندية) ولو باع ارضاً على ان للبائع فيها طريقاً من هذا الموضع الى باب الدار او شرط الطريق لاجنبي و بين موضعه وطوله وعرضه فالبيع فاسد ولو باع هذه الدار الا طريقاً منها من هذا الموضع الى باب الدار ووصف الطول والعرض جاز البيع شرط الطريق لنفسه او لغيره ولو باع داره على ان له هذا البيت بعينه لا يصح ولو قال الا هذا البيت جاز البيع بجميع الثمن فيما سوى البيت (خانية)

الفصل الخامس

في اقالة البيع

الاقالة رفع العقد وازالته وحكمها انها فسخ في حق العاقدين فيما هو من موجبات العقد اي احكامه (تنوير) واحكام العقد ما ثبت بنفس العقد من غير شرط (طحطاوي) و بيع جديد في حق العاقدين فيما هو ثابت بشرط زائد كما لو اشترى عيناً بدينه المؤجل ثم تقايلا البيع لم يعد الاجل بل يضحى دينه حالاً (در مختار) وكذا لو كان بدينه كفيل فاشترى به شيئاً ثم تقايلا لم تعد الكفالة ايضاً (خانية) ومثله لو اشترى شيئاً ثم تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه فشهد له المشتري بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخاً لقبلت شهادته (درر) وقد ذكروا لكونها فسخاً فروعاً الاول انها لا تصح بعد الزيادة المتصلة غير المتولدة كالبناء والصبغ سواء كانت قبل القبض او بعده وكذا بعد الزيادة المنفصلة

المتولدة كالولد لو بعد القبض اما لو كانت قبل القبض او كانت الزيادة متصلة متولدة كالسمن او منفصلة غير متولدة كالغلة فانها لا تمنع فسخ البيع بالاقالة (رد محتار) الثاني انها لا تصح الا بمثل الثمن الاول حتى لو كان الثمن عشرة دنانير فدفع اليه دراهم بقيمتها ثم تقايلا وقد رخصت الدنانير رجع بالدنانير لا بما دفع ولو سكتا عن الثمن ايضاً وقت الاقالة وجب الثمن الاول وكذا لو شرط فيها غير الثمن الاول او اكثر منه او اقل فانها تصح بالثمن الاول ويبطل الشرط حتى اذا دفع البائع اكثر من الثمن الاول كان له الرجوع بالزيادة وكذا لو دفع الاقل كان للمشتري ان يرجع عليه بما بقي من الثمن الا اذا كان المبيع قد تعيب عند المشتري فتصح حينئذ باقل من الثمن الاول اذا كان النقصان بقدر العيب واما لو كان ازيد او انقص فانه ينقص بقدر العيب ويرجع بالباقي ولو زال العيب بعد الاقالة رجع المشتري بنقصان العيب الذي اسقطه من الثمن الاول (رد محتار ملخصاً) الثالث انها لا تفسد بالشرط الفاسد وان لم يصح تعليقها به بل يكون الشرط لغواً فلو تقايلا على ان يؤخر المشتري الثمن سنة او على ان يحط منه خمسين صحت الاقالة لا التأخير والحط «هندية» الرابع جاز للبائع بعد الاقالة بيع المبيع من المشتري ثانية قبل قبضهِ وان كان منقولاً ولو كانت بيعاً في حق العاقدين لما جاز «در مختار» الخامس اذا باع مكيلاً او موزوناً ثم تقايلا جاز للبائع قبض المبيع بلا اعادة كيله او وزنه ولو كانت بيعاً لم يجز «درر» السادس اذا تقايلا البيع ثم وهب البائع المبيع من المشتري قبل قبضه بحكم الاقالة جازت الهبة ولو كانت بيعاً في حق العاقدين لم تجز الهبة لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض واذا انفسخ لم تصح الهبة «طحطاوي»

وحكم الاقالة ايضا انها بيع جديد في حق ثالث اذا تمت بلفظ الاقالة وكانت بعد القبض فلو قبلهُ فكذلك في العقار لجواز بيعهِ قبل قبضه وفي المنقول فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل قبضه فلم يمكن جعلها فيه بيعا فجعلت فسخا واما اذا تمت بلفظ المتاركة او المفاسخة فهي فسخ في حق الكل (در مختار) وقد فرعوا على كونها بيعا في حق ثالث فروعا الاول لو كان المبيع عقاراً فاسقط الشفيع شفعته ثم تقايلا فطلب الشفيع الشفعة عند علمه بالاقالة قضي له بها لكونها بيعاً جديداً فكان الشفيع ثالثهما (تن، ير) الثاني اذا اشترى شيئاً ثم باعه من اخر ثم تقايلا وبعد ذلك اطلع على عيب كان عند البائع الاول فاراد ان يرد المبيع عليه بخيار العيب ليس له ذلك لان الاقالة بيع

جديد في حق البائع الاول الذي هو ثالثهما (ردمحتار) الثالث ليس للواهب الرجوع بالهبة اذا باع الموهوب له الموهوب من اخر ثم تقايلا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث الذي هو هنا الواهب (درر) الرابع اذا اشترى شيئاً وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من اخر ثم تقايلا جاز للمشتري ان يبيعه من بائعه باقل من الثمن الاول (مجمع الانهر) الخامس اذا اشترى داراً فآجرها او رهنها ثم تقايل مع البائع توقفت الاقالة عَلَى اجازة المستأجر او المرتهن لانها بيع جديد في حقهما (طحطاوي)

﴿ المادة ١٩٠ ﴾ للعاقدين ان يتقايلا البيع برضاهما بعد انعقاده

فالرضا شرط في الاقالة كما في سائر العقود وهي لا تصح الا من العاقدين او ورثتهما فاقالة الموصى له غير صحيحة (هندية) وذلك لان من ملك البيع والشراء ملك الاقالة إلا متولي الوقف والوصي والصبي المأذون اذا باعوا شيئاً باكثر من القيمة او اشتروا باقل من القيمة فلا تصح اقالتهم (در مختار) ومثله في الهندية حيث قال وتصح اقالة الوصي اذا لم يكن فيها ضرر على اليتيم اه . وكذا الوكيل بالشرا لا يملك الاقالة ايضاً بدون اذن موكله كما سياتي في المادة ١٤٩٣ بخلاف الوكيل بالبيع فاقالته تصح سواء كانت قبل قبض الثمن او بعده على قول الامام محمد غير انه يضمن الثمن لموكله ويكون المبيع له اي للوكيل انظر المادة ١٥٠٥

تتمة : اذا اشترى الصبي المأذون شيئاً تصح اقالته الا ان يكون البائع قد وهبه الثمن قبل قبضه فلا تصح حينئذٍ اقالته لانها لو صحت لكانت تبرعاً بالمبيع للبائع ولا يقدر المأذون على الرجوع عليه بالثمن لانه لم يصل الى البائع منه شيء وهو ليس من اهل التبرع اما لو كان البائع قد وهبه الثمن بعد القبض فيرجع المأذون عليه بالثمن لوصوله ليده فلم يكن متبرعاً فتصح الاقالة ويرجع على البائع بعدها بقدر الموهوب له فيكون الواصل اليه قدر الثمن مرتين ، الموهوب وقدره . وقاس حلبي على المأذون الوصي ومتولي الوقف نظراً للصغير والوقف فيجري فيهما حكمهُ (طحطاوي)

﴿ المادة ١٩١ ﴾ الاقالة كالبيع تكون بالايجاب والقبول . مثلاً لو قال احد العاقدين اقلت البيع او فسختهُ وقال الاخر قبلت او قال احدهما للاخر اقلني البيع فقال الاخر قد فعلت صحت الاقالة وينفسخ البيع

غير انه لا يشترط فيها ان يكون الايجاب والقبول بلفظ الماضي بل تصح بلفظين ماضيين او احدها مستقبل كما رأيت في المثال الوارد في متن المادة لان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتأمل فلا يكون لفظ الامر فيها مساومة بل تحقيقاً للتصرف (رد محتار) ويصح القبول فيها نصاً بالقول او دلالةً بالفعل كما في البيع فلو اوجب احد المتقايلين وصدر من الاخر فعل يدل عَلَى القبول تمت الاقالة كما لو اوجب المشتري الاقالة فقبض البائع المبيع او اكله ان كان طعاماً او ركبه ان كان دابة تمت الاقالة وكذا لو اشترى ثوباً ثم قال للبائع اقلتك فيه فقطعه البائع قميصاً صحت الاقالة (در مختار) وفي الهندية قوم في السفينة وقد اشترى قوم من رجل منهم في السفينة امتعة تخيف الغرق ووقع الاتفاق على القاء بعض الامتعة عن السفينة حتى تخف فقال بائع الامتعة من طرح منكم المتاع الذي اشتراه مني فقد اقلته البيع فطرحوا صحت الاقالة استحساناً اه

﴿المادة ١٩٢﴾ الاقالة بالتعاطي القائم مقام الايجاب والقبول صحيحة

ولو كان التعاطي من احد الجانبين هو الصحيح (هندية) وفيها قبض الطعام المشتري وسلم بعض الثمن ثم قال بعد ايام ان الثمن غال فرد البائع بعض الثمن المقبوض فمن قال البيع ينعقد بالتعاطي من احد الجانبين جعله اقالة وهو الصحيح اه . راجع شرح المادة ١٧٥ وتصح الاقالة ايضاً بالرسالة بشرط القبول في مجلس بلوغها ولكن لو قال المرسل اليه قبلت في المجلس وانكر المرسل فلا يصدق المرسل اليه الا ببينة (بزازية)

﴿المادة ١٩٣﴾ يلزم اتحاد المجلس في الاقالة كالبيع يعني أنه يلزم ان يوجد القبول في مجلس الايجاب واما اذا قال احد العاقدين اقلت البيع وقبل ان يقبل الاخر انفض المجلس او صدر من احدهما فعل او قول يدل على الاعراض ثم قبل الاخر لا يعتبر قبوله ولا يفيد شيئاً حينئذٍ

وكذا لو اشترى حماراً فجاء ليرده فلم يجد البائع فادخله في اصطبله ثم جاء البائع بالبيطار فنزغه فليس بفسخ لان فعل البائع وان كان قبولاً ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس فلم يتحد هنا ومثل هذا لو جاء الدلال بالثمن الى البائع بعد ما باع المبيع بالامر المطلق فقال له البائع لا ارضى بهذا الثمن فاخبر الدلال المشتري فقال انا لا اريده

ايضاً لا ينفسخ لانه ليس من الفاظ الفسخ ولان اتحاد المجلس في الايجاب والقبول شرط في الاقالة ولم يوجد (حامدية)

❋ المادة ١٩٤ ❋ يلزم ان يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري وقت الاقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الاقالة

لان الاقالة رفع العقد والمبيع محله فاذا هلك المبيع امتنع رفع العقد حتى لو هلك المبيع بعد الاقالة وقبل التسليم بطلت (رد محتار) اما لو هلك احد البدلين في المقايضة فان الاقالة تصح في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة الهالك ان قيمياً ومثله ان مثلياً ولو هلك البدلان بطلت الا في الصرف (تنوير) فانها لا تبطل فيه بهلاك البدلين لان المعقود عليه هو ما في ذمة كل من المتعاقدين (رد محتار)

❋ المادة ١٩٥ ❋ لو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي . مثلاً لو باع ارضه التي ملكها مع الزرع وبعد ان حصد المشتري الزرع تقايلا البيع صحت الاقالة في حق الارض بقدر حصتها من الثمن المسمى

ولكن لو تقايلا بعد ادراك الزرع لم تجز الاقالة (هندية) وذلك لان العقد انما ورد على القصيل دون الحنطة والحنطة زيادة منفصلة متولدة وهي مانعة للاقالة (رد محتار) ولو اشترى صابوناً فجف ثم تقايلا صحت الاقالة وليس للبائع ان ينقص شيئاً من الثمن بمقابلة جفاف الصابون لان هذه المسألة ليست من صور هلاك بعض المبيع (در مختار) وفي التنوير ولو اشترى ارضاً مشجرة فقطع المشتري اشجارها ثم تقايلا صحت الاقالة ولا شيء للبائع من قيمة الاشجار ان كان عالماً بالقطع وقت الاقالة وان كان غير عالم خير بين الاخذ بجميع الثمن او الترك اه . قال في البحر ورقم في القنية برقم آخر ان الاشجار لا تسلم للمشتري وللبائع اخذ قيمتها منه لانها موجودة وقت البيع اه . قال الخير الرملي وعليه فكل شيء موجود وقت البيع للبائع اخذ قيمته دخل ضمناً كالاشجار او قصداً كالزرع وكل شيء لم يدخل اصلاً لا قصداً ولا ضمناً ليس للبائع اخذه و ينبغي ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه (رد محتار) ولكن لو هلكت الزيادة المنفصلة الحادثة بعد البيع او استهلكها المشتري وغيره فلا تصح الاقالة في المبيع (انقروي)

﴿ المادة ١٩٦ ﴾ هلاك الثمن اي تلفه لا يمنع صحة الاقالة

وذلك لان الاقالة رفع البيع والاصل في البيع المبيع لا الثمن ولهذا لو هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن (درر)

تتمة : تصح اقالة الاقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلا الاقالة ارتفعت وعاد البيع الا اقالة السلم فانها لا تقبل الاقالة لكون المسلم فيه ديناً سقط في الاقالة الاولى والساقط لا يعود (در مختار) انظر المادة ٥١ من المجلة . وحكم راس المال بعد الاقالة كحكمه قبلها لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه فلا يجوز لرب السلم شراء شيء من المسلم اليه براس المال بعد الاقالة قبل قبضه هذا اذا كان السلم صحيحاً فلو فاسداً جاز كسائر الديون (طحطاوي) وتصح ايضاً اقالة الفضولي وتتوقف قال في الهندية باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ واجاز الابن البيع ثم اقالت الام واجاز الابن الاقالة صحت فلو باعتها ثانياً بغير اجازة الابن يجوز ولا يتوقف البيع على اجازته لان بالاقالة يعود المبيع الى ملك العاقد لا الى ملك الموكل والمجيز اه . ولو تقايل العاقدان ثم جاء المشتري بالمبيع ليرده على البائع فانكر البائع كون المردود هو المبيع فالقول للمشتري بيمينه لانه قابض والقول للقابض ضميناً كان او امينا (در مختار في آخر خيار الرؤية). يثبت في الاقالة خيار الشرط وخيار العيب فلو وجد البائع عيباً حدث عند المشتري ولم يعلم به وقت الاقالة كان له ان يرد المبيع على المشتري (بزازية وانقروي)

فائدة : ان مؤونة رد المبيع الى البائع بعد الاقالة هي على البائع في مطلق الاحوال (رد محتار)

الباب الثاني

في بيان المسائل المتعلقة بالمبيع وينقسم الى اربعة فصول

الفصل الاول

في شروط المبيع واوصافه

﴿المادة ١٩٧﴾ يلزم ان يكون المبيع موجوداً

فبيع المعدوم باطل كما سياتي في المادة ٢٠٥ وكذا بيع ماله خطر العدم كالحمل واللبن في الضرع والثمر قبل ظهوره (رد محتار)

﴿المادة ١٩٨﴾ يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم

فبيع غير مقدور التسليم باطل كما سيأتي في المادة ٢٠٩ قال في الانقروي عن جواهر الفتاوى باع عقاراً ملكه لكن في يد آخر الفتوى على انه لا يصح عملاً بقول محمد لانه لا يقدر على تسليمه اه وفي الهندية لو اشترى اشجاراً للقطع من وجه الارض وفي القطع ضرر بالارض واصول الشجر فليس له ان يقطع لان فيه ضرراً لصاحب الارض فله ان يدفع الضرر وينقض البيع وهو المختار لانه عجز عن التسليم معنى اه وفيها اشترى اشجاراً ليقطعها من وجه الارض فلم يفعل حتى اتى على ذلك مدة وجاء اوان الصيف واراد المشتري ان يقطعها فان لم يكن في القطع ضرر بيّن بالارض واصول الاشجار له ان يقطع لانه تصرف في ملكه وان كان فيه ضرر بيّن فليس له ان يقطع رفعاً للضرر عن صاحب الارض واصول الاشجار واذا لم يكن للمشتري ولاية القطع ماذا يصنع قيل يدفع صاحب الارض قيمة الاشجار الى مشتريها وتصير الاشجار له واختلفوا فيما بينهم انه يدفع قيمتها مقطوعة او قيمتها قائمة عامتهم على انه يدفع قيمتها قائمة وهو الصحيح وقيل ينقض المبيع بينهما في الاشجار ويرد صاحب الارض على المشتري ما دفع اليه من ثمن الاشجار وبه كان يفتي الفقيه ابو جعفر واختاره الصدر الشهيد اه

﴿المادة ١٩٩﴾ يلزم ان يكون المبيع مالاً متقوماً

هذه المواد الثلاث قد بينت شروط انعقاد البيع الراجعة الى المعقود عليه اي المبيع وكذا يشترط في المبيع ان يكون مملوكاً فلا يصح بيع الكلاء قبل احرازه وان نبت في

ملك البائع انظر المادتين ١٢٤٩ و١٢٥٢ و يشترط فيه ايضاً ان يكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه فلا يصح بيع ما ليس مملوكاً له وان ملكه بعده الا في السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته فانه يصح (طحطاوي) انظر المادة ٣٦٥

﴿ المادة ٢٠٠ ﴾ يشترط ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري

لان بيع المجهول فاسد كما سيأتي في المادة ٢١٣ وذلك لان جهالة المبيع تفضي الى النزاع فيمتنع التسليم والتسلم ولهذا لو كان المبيع غير مشار اليه لزم بيان جنسه ونوعه وقدره ووصفه بما يرفع الجهالة الفاحشة الا اذا كان لا يحتاج الى التسليم والتسلم فانه يصح بدون معرفة قدر المبيع كمن اقر ان في يده متاع فلان غصباً او وديعة ثم اشتراه جاز وان لم يعرف مقداره اما الجهالة اليسيرة فلا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية الذي يثبت بعد صحة البيع لرفع الجهالة اليسيرة لكن لا يرفع الجهالة الفاحشة المنافية لصحة البيع (رد محتار ملخصاً) انظر شرح المادة ٢١٣ . ثم انه لا يشترط ان يكون المبيع معلوماً عند البائع فلو ورث مالاً في بلدة بعيدة وباعه قبل ان يراه ويعلمه صح البيع انظر المادة ٣٢٢ و به صرح في رد المحتار . وفرع عليه ما في القنية وهو لو قال لك في يدي ارض خربة لا تساوي في موضع كذا فبعها مني بستة دراهم فقال بعتها ولم يعرفها البائع وهي تساوي اكثر من ذلك جاز قال الخير الرملي لم يذكر خيار الغبن للبائع ولا شك ان له ذلك على ما عليه الفتوى حيث كان فاحشاً للتغرير وقد افتيت به في مثل ذلك مراراً اه

﴿ المادة ٢٠١ ﴾ يصير المبيع معلوماً ببيان احواله وصفاته التي تميزه عن غيره : مثلاً لو باعه كذا مداً من الحنطة الحورانية او باعه ارضاً مع بيان حدودها صار المبيع معلوماً وصح البيع

﴿ المادة ٢٠٢ ﴾ اذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع تكفي الاشارة الى عينه . مثلاً لو قال البائع للمشتري بعتك هذا الحيوان وقال المشتري اشتريته وهو يراه صح البيع

ولو ظهر الحيوان من غير الجنس المسمى لان الوصف في الحاضر لغو كما في المادة ٦٥

وكذا لو قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة وهي مجهولة الكمية صح البيع ايضاً لان المبيع اذا كان مشاراً اليه لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه ما لم يكن ربويا بيع بمثله مثل بعتك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الصبرة فانه لا يصح البيع لاحتمال الربا واحتماله .انع لصحة البيع لحقيقته (طحطاوي)

﴿المادة ٢٠٣﴾ يكفي ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري فلا حاجة الى وصفه وتعريفه بوجه آخر

فلو كان المبيع عقاراً وعرف المشتري حدوده ولم يعرف الجيران يجوز ولو لم تذكر الحدود وقت البيع ولم يعرفها المشتري جاز البيع اذا لم يقع بينهما تجاحد (هندية) اي اذا اقر البائع بان العقار الذي يطلبه المشتري هو المبيع

﴿المادة ٢٠٤﴾ المبيع يتعين بتعيينه في العقد . مثلاً لو قال البائع بعتك هذه الساعة واشار الى ساعة موجودة في المجلس وقبل المشتري لزم على البائع تسليم تلك الساعة بعينها وليس له ان يعطي ساعة غيرها من جنسها ولا فرق اذا كان المبيع قيمياً او مثلياً لان المبيع يتعين في البيع مطلقاً فالحكم واحد اذا كان المبيع ساعة او صبرة حنطة

الفصل الثاني

فيما يجوز بيعه وما لا يجوز

﴿المادة ٢٠٥﴾ بيع المعدوم باطل . فيبطل بيع ثمرة لم تبرز اصلاً

وكذا يبطل ايضاً بيع ما ليس في ملكه الا بطريق السلم و بيع حق التعلي لانه معدوم (تنوير) كما اذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالاً يباع (رد محتار) اما بيع العلو قبل سقوطه فصحيح فلو باع

صاحب السفل علوه صح و يكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار حتى لو انهدم العلو كان له ان يبني علواً اخر مثل الاول «خانية» و بطل ايضاً بيع المغيب في الارض كجزر وفجل اذا لم ينبت او نبت ولم يعلم وجوده فان علم جاز « در مختار » ولم خيار الرؤية كما يأتي في بابها

﴿المادة ٢٠٦﴾ الثمرة التي برزت جميعها يصح بيعها وهي على شجرها سواء كانت صالحة للاكل ام لا

بروز الثمرة ظهورها والظهور انفراك الزهر عن الثمرة وانعقادها ثمرة وان صغرت (رد محتار) واذا بيعت الثمار على هذا الوجه وجب عَلَى المشتري قطعها في الحال اذا طلب البائع ذلك تفريغاً لملكه وان ابى يجبر وليس له ابطال البيع اذا امتنع البائع عن ابقاء الثمار على الاشجار (در مختار) وان شرط في البيع تركها على الشجر فسد البيع الا اذا تناهت الثمرة فيصح الشرط على قول محمد و به يفتى (تنوير) وان استأجر الشجر الى وقت الادراك بطلت الاجارة بخلاف ما لو استأجر الارض لترك الزرع فالاجارة فاسدة لجهالة المدة فان عيناها صحت (مجمع الانهر) ولو اشترى ثمراً على شجرة فاثمرت ثمراً اخر قبل القبض فسد البيع ان لم يحلل له البائع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وعدم التمييز وهذا اذا لم يعرف الحادث بالموجود فان عرف فالعقد صحيح وان اثمرت الشجرة بعد القبض لا يفسد و يشتركان في الثمر لاختلاط ملك احدهما بملك الاخر والقول حينئذ في قدر الحادث للمشتري بيمينه لكونه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ (ملتقى) والحيلة في كون الحادث للمشتري ان يشتري اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون الحادث عَلَى ملكه (هندية)

وكما يصح بيع الثمرة التي برزت يصح ايضاً بيع البر في سنبله والباقلاء اي الفول والارز والسمسم في قشرها والجوز واللوز والفستق في قشرها الاول وهو الاعلى وعَلَى البائع اخراجه الا اذا بيعت بما فيه وللمشتري خيار الرؤية لانه شرى مالم يرَ (در منتقى) وصح ايضاً بيع القصيل والرطبة الا اذا شرط تركها في الارض فيفسد اما لو شرط قطعها او ارسال دابته فتأكلها جاز (در مختار) وكذا يصح بيع ورق التوت باغصانه للتعامل ان بين موضع القطع والا فان كان معلوماً عرفاً صح (در منتقى) وصح ايضا بيع دود القز و بيضه و بيع النحل المحرز عند محمد (تنوير) و به يفتى وجوز ابو الليث

بيع العلق و به يفتى للحاجة وجاز بيع ١٠ يحل الانتفاع بجلده وعظمه لان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع (در مختار) ولهذا جاز بيع دودة القرمز فان تمولها الان اعظم اذ هي من اعظم الاموال وهي اولى من دود القز و بيضه فانه ينتفع بها في الحال ودود القز بالمآل «رد محتار»

استطراد : انما تجوز الشركة في القز اذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما انصافاً فلو دفع بزر القز او بقرة للاخر بالعلف مناصفة فالخارج كله للمالك لحدوثه من ملكه وعليه قيمة العلف واجر مثل العامل « در مختار »

﴿المادة ٢٠٧﴾ ما تتلاحق افراده يعني ان ما لا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء كالفواكه والازهار والورق والبقول اذا كان برز بعضها يصح بيع ما سيبرز مع ما برز تبعاً له بصفقة واحدة

سواء كان البارز اقل او اكثر كما يدل عليه اطلاق المتن وقد جوزوا هذا البيع استحساناً على خلاف القياس لتعامل الناس فيه ٠ فرع اشترى عنب كرم على انه الف منّ فلم يخرج منه الا تسمائة منّ فللمشتري ان يطالب البائع بحصة مائة منّ من الثمن «هندية »

﴿المادة ٢٠٨﴾ اذا باع شيئاً و بين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع ٠ فلو باع زجاجاً على انه الماس بطل البيع

وكذا لو باع ساعة على انها من ذهب فظهر انها من فضة ٠ اما لو باع ثوبا على انه نيسابوري فاذا هو بخاري فالبيع فاسد « هندية » ولم يبطل البيع هنا لاتحاد الجنس وقد فسد لاختلاف النوع وكذا لو باع كبشاً فاذا هو نعجة او حصاناً فاذا هو فرس فلا يبطل البيع بل يصح لان الذكر والانثى في البهائم جنس واحد غير ان المشتري يكون حينئذ مخيراً لفوات الوصف «در مختار » ولو باع بذر بطيخ فظهر بذر قثاء او بذر الفيلق على انه مروزي فظهر غير مروزي كان البيع باطلاً وللمشتري رد المبيع ان قائماً واسترداد الثمن وان هلك المبيع او خرج الدود فله رد مثله واسترداد الثمن ايضاً وان زرع بذر البطيخ ولم ينبت رجع بنقصانه «رد محتار»

﴿المادة ٢٠٩﴾ بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر او حيوان ناد لا يمكن مسكه وتسليمه

او طير يطير في الهواء ولا يرجع اما لو باع طيراً يطير ويرجع كالحمام فالبيع جائز (تنوير) وان باع ظبياً آلف وهو داجن ويرجع اليه جاز وان توحش بعد الالف ولم يؤخذ الا بصيد فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع فرس عاند لا يمكن اخذه الا بحيلة (هندية) ولو باع شيئاً يمكن تسليمه الا ان في تسليمه ضرراً كبيع جذع معين من السقف فالبيع فاسد (ملتقى) ولكن لو قلع الجذع وسلمه قبل الفسخ انقلب البيع صحيحاً لزوال المفسد قبل تقرره (درر) وكذا لو باع الفص في الخاتم ان كان فيه ضرر لا يجوز والخاتم امانة في يد المشتري وان لم يكن فيه ضرر جاز وعليه ثمن الفص ان هلك الخاتم في يده (هندية)

﴿المادة ٢١٠﴾ بيع ما لا يعد مالاً بين الناس والشرآ به باطل . مثلاً لو باع جيفة او آدمياً حراً او اشترى بهما مالاً فالبيع والشرآ باطلان

وكذا يبطل ايضاً بيع الدم المسفوح لانه ليس بمال بخلاف بيع كبد وطحال فانه جائز (در مختار) ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٢٧ تموز ٣١٢ مؤداه انه لما كان من مقتضى احكام المجلة ان يكون كلا العوضين في المقايضة مالاً كانت مبادلة ارض مشجرة بارض اميرية باطلة لان الارض الاميرية لا تعد مالاً (ج . م . عد ٩١٧)

﴿المادة ٢١١﴾ بيع غير المتقوم من المال باطل

فبطل بيع سمك لم يصد (تنوير) لانه ليس بمال متقوم وبطل ايضاً بيع الماء من النهر والبئر قبل احرازه بخلاف الماء الذي في الحباب والصهاريج الموضوعة في البيوت لجمع ماء الشتاء فان بيعه صحيح لانها اعدت لاحراز الماء فيملك ما فيها (رد محتار) راجع المادة الثانية وشرحها . وبطل ايضا بيع المراعي واجارتها اما بطلان بيعها فلعدم الملك لحديث الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار اما بطلان اجارتها فلانها على استهلاك عين وهذا اذا نبت الكلا بنفسه اما لو انبته بسقي او تربية ملكه جاز بيعه (در منتقى) ومعنى الشركة في النار الاصطلا ونحوه لا اخذ الجمر وفي الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء وفي الكلا الاحتشاش ولو في ارض

مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع غيره من الدخول الى ملكه ولغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقاً فاما ان توصلني اليه واما ان تحشه او تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما ان باذن المالكه في دخول الدار لياخذه واما ان يخرجه اليه (رد محتار) والحيلة في بيع المراعي واجارتها ان يستاجر الارض لضرب فسطاطه او لمنفعة اخرى ثم يستبيح المرعى فيحصل المقصود (اشباه)

﴿المادة ٢١٢﴾ الشرا بغير المتقوم من المال فاسد

انما بطل البيع في المادة السابقة وفسد في هذه لان في الاولى جعل غير المتقوم مبيعاً وفي الثانية جعل ثمناً والمبيع هو الاصل فان لم يكن محلاً للتمليك بطل البيع فيه بخلاف الثمن لانه وسيلة للمبادلة انظر المادة ١٥١

﴿المادة ٢١٣﴾ بيع المجهول فاسد فلو قال البائع للمشتري بعتك جميع الاشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الاشياء فالبيع فاسد

وكذا فسد البيع لو باعه جميع ما له في هذه الدار من الدواب والثياب اذا كان المشتري لا يعلم بما فيها لان المبيع مجهول اما لو باعه جميع ما له في هذا البيت بكذا جاز وان لم يعلم به المشتري لان الجهالة في البيت يسيرة وفي الدار كثيرة وان جاز في البيت يجوز في الصندوق والجوالق (خانية) وفسد ايضاً بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع (تنوير) فلو قبضهما المشتري وهلكا معاً ضمن نصف قيمة كل منهما لان احدهما مضمون بالقيمة لكونه مضموناً بحكم البيع الفاسد والاخر امانة وليس احدهما باولى من الاخر فشاعت الامانة والضمان (طحطاوي) اما لو هلك احدهما قبل الآخر فيضمن قيمة الاول فقط وان اختلفت قيمتهما وادعى الضامن ان الهالك اولاً اقل قيمة وادعى المالك عكسه فالقول للضامن (در مختار) و بينة المالك اولى اذا برهنا (رد محتار) وانما يفسد البيع بهذه الصورة اذا لم يشترط العاقد ان خيار التعيين فلو شرطاه صح البيع (در منتقى) وفي الهندية جهالة المبيع او الثمن مانعة جواز البيع اذا كان يتعذر معها التسليم وان كان لا يتعذر لا يفسد العقد كما لو باع صبرة معينة ولم يعرف قدر كيلها او باع اثواباً معينة ولم يعرف عددها اه وانما يفسد البيع بالجهالة الفاحشة اذا كان محتاجاً الى

تسليم المبيع والا فلا يفسدكما لو عنده وديعة لزيد فاشتراها منه وهو لا يعرف ما صح شراؤه لانه غير محتاج الى التسليم لكون المبيع في يده (طحطاوي)

❋ المادة ٢١٤ ❋ يصح بيع حصة شائعة معلومة كالنصف والثلث والعشر من عقار مملوك قبل الافراز

اما اذا كانت الحصة غير معلومة فالبيع فاسد لجهالة المبيع فلو قال لرجل بعتك نصيبي من هذه الدار بكذا وقبل المشتري ولم يكن عالماً بنصيبه لا يجوز هذا البيع وان علم جاز (خانية) وكما يصح بيع حصة شائعة معلومة من العقار يصح بيعها ايضاً من البنا والشجر تبعاً للارض سواء باع من شريكهِ او من اجنبي ولا يشترط فيه اذن الشريك (هندية) وفيها بئر وارض بين رجلين باع احدهما نصيبه من البئر بطريقه من الارض جاز البيع في البئر دون الطريق وهو الصحيح ويتوقف عَلَى اجازة صاحبه فلو اجاز شريكه جاز البيع في الكل وان باع نصف البئر بغير طريق جاز

❋ المادة ٢١٥ ❋ يصح بيع الحصة المعلومة الشائعة بدون اذن الشريك

ان جواز بيع الحصة الشائعة بدون اذن الشريك بحكم هاتين المادتين انما يجري في العقار او في البنا والشجر تبعاً للارض لا في الحصة الشائعة من البناَ والشجر والزرع والثمر بدون الارض لان بيع الحصة الشائعة من الشجر والزرع والثمر قبل الادراك غير جائز سواء كان من شريكهِ او من اجنبي وان رضي شريكه لان البائع يطالب المشتري بالقلع تفريغاً لنصيبه من الارض ولا يمكن ذلك الا بقلع الكل فيتضرر الشريك لانه ان كان هو المشتري لزمه ان يقطع ما لم يشتره وهو نصيب نفسه وان كان المشتري اجنبياً لزم الشريك ايضاً قلع حصته من الشجر والزرع والثمر اذا طالبه المشتري بذلك ولهذا فسد البيع واذا رضي به الشريك واجازه كان له ان يرجع عن اجازته لان الانسان لا يجبر على تحمل الضرر وان رضي به واما اذا انتفى ضرر القلع فالبيع جائز كما لو باع الاكار حصته من الزرع او الثمر لصاحب الارض فان البيع صحيح لان مناط الفساد حصول الضرر بالقلع وهنا منتفٍ لكون الارض كلها للمالك لا شيء فيها للاكار وبالعكس اي اذا باع المالك حصته من الاكار فالبيع فاسد لانه يمكنه تكليف الاكار القلع فيتضرر به وهذا كلهُ فيما اذا لم يدرك الزرع والثمر اما اذا ادرك

فالبيع جائز لعدم الضرر بالقطع وكذا اذا كان الشجر معدوداً للقلع كالحور والصفصاف والاشجار الصغيرة المغروسة على ان تنقل الى محل آخر وهي المعروفة بالنصب فاذا انتهي اوان قطعها صح بيع الحصة الشائعة منها بلا اذن الشريك لان لا ضرر على احد بالقسمة لكونها على شرف القلع واما بيع الحصة الشائعة من البنا بدون الارض فعلى ثلاثة اوجه وهي اما ان تكون الارض لهما او لغيرهما او لاحدهما فان كانت لهما فالبيع فاسد سواء باع من شريكه او من اجنبي رضي شريكه او لم يرض لان للبائع حينئذٍ ان يطالب المشتري بالهدم فيتضرر الشريك وكذا لو كانت الارض والبنا لواحد فباع نصفه من رجل لان المشتري يطالبه بالهدم فيتضرر البائع في ما لم يبعه وان كانت الارض لغيرهما فان باع لاجنبي لا يجوز لانه لا يمكنهُ تسليمهُ الا بضرر وهو نقض البنا وان باع لشريكهِ فان كان لا ضرر فيه جاز البيع كما لو استعار الارض للبنا مدة ومضت المدة لان لا حق للبائع في الارض فلا يمكنه مطالبة المشتري بالقلع بخلاف الارض المستأجرة لبقاء حق البائع فيها الا ان يؤجر المشتري نصيبه منها قبل البيع فيصح البيع حينئذٍ وكذا لو كانت الارض مغصوبة لان البنا غير مستحق للبقاء بل للقلع فهو كالمقلوع حقيقة فيصح بيعه ولو للاجنبي ومثله الاحكار التي يدفع لها كل سنة مبلغ معلوم بلا اجارة شرعية لان البنا فيها مستحق القلع. وان كانت الارض لاحدهما فان باع احدهما لاجنبي لا يجوز وان لشريكه جاز سواء كان البائع صاحب الارض او الاخر لان البنا هنا لا يكون الا بطريق الاباحة فهو مستحق للقلع (رد محتار ملخصاً) وفي جامع الفصولين دار بين رجلين باع احدهما من الاخر نصيبه من البنا لم يجز لانه لا يخلو من ان باعه بشرط الترك او بشرط القلع اما الاول فلا يجوز لانه شرط منفعة للمشتري سوى المبيع واما الثاني فغير جائز ايضاً لان فيه ضرراً بالشريك الذي لم يبع اه

تتمة : اذا باع احد الشريكين في الدار المشتركة بيتاً معيناً منها او نصيبه من بيت معين فللاخر ان يبطل البيع لتضرر الشريك بذلك عند القسمة (انقروي عن البزازية)

﴿ المادة ٢١٦ ﴾ يصح بيع حق المرور وحق الشرب والمسيل تبعاً للارض والماء تبعاً لقنواته

واذا باع ارضاً مع شرب ارض اخرى جاز (هندية) ولكن لا يجوز بيع حق

المرور وحق الشرب وحق التسييل ولا هبتها قصداً لان بيع الحقوق بانفرادها لا يجوز (درر) ولان حق التسييل ان كان على الارض فمحله مجهول وان كان على السطح فهو حق التعلي و بيع حق التعلي باطل (در مختار) وكذا لا يجوز بيع الشرب وهبته وحده لانهُ ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية وعليه الفتوى ولهذا لا يضمن بالاتلاف فلوسقى ارضه بشرب غيره فالفتوى على عدم الضمان « ردمختار » وكذا لايجوز ايضاً بيع مسيل الماء ولا هبته لجهالته اذ لا يدري قدر ما يشغله الماء « تنوير » اما لو بين حد ما تسيل فيه الماء او باع ارض المسيل من النهر او غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز اذا بين حدوده « رد محتار » كما يجوز بيع رقبة الطريق وهبته حدُّ اولا « تنوير » وان لم يحد فيقدر بعرض باب الدار الاعظم « درر » انظر المادة ١١٤٥

الفصل الثالث

في بيان المسائل المتعلقة بكيفية بيع المبيع

﴿المادة ٢١٧﴾ كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلاً ووزناً وعداً وذرعاً يصح بيعها جزافاً ايضاً . مثلاً لو باع صبرة حنطة او كومة تبن او اجر او حمل قماش جزافاً صح البيع

و يشترط لصحة بيع هذه الاشياء مجازفة اولاً ان تكون مميزة مشار اليها « طحطاوي » . ثانياً ان تباع بخلاف جنسها لانها اذا بيعت بجنسها لا يجوز لاحتمال التفاضل فيؤدي الى الربا « در مختار » الا اذا ظهر تساويهما في المجلس فيصح « بحر » . ثالثاً ان لا تكون راس مال سلم لشرطية معرفته ولاحتمال ان يتفاسخا السلم فيريد المسلم اليه ان يدفع ما اخذ ولا يعرف ذلك الا بمعرفة القدر « طحطاوي » ثم وان صح البيع جزافاً فهو غير لازم بحق المشتري اذ له الخيار كما سيأتي في اخر شرح المادة الاتية وفي الهندية ولو اشترى صبرة حنطة على انها اكثر من عشرة اقفزة فوجدها اكثر من عشرة جاز وان وجدها عشرة او اقل لايجوز وان اشترى على انها اقل من عشرة فوجدها اقل يجوز وان وجدها عشرة او اكثر لا يجوز اه

﴿المادة ٢١٨﴾ لو باع حنطة على ان يكيلها بكيل معين او يزنها بحجر معين صح البيع وان لم يعلم مقدار الكيل وثقل الحجر

وكذا يصح ايضاً عَلَى هذا الوجه بيع سائر المكيلات والموزونات لان المانع من الصحة جهالة تفضي الى النزاع وههنا ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك الاناء والحجر بخلاف السلم فان التسليم فيه متأخر فالهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق فيه المنازعة وعن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها واما اذا كان كالزنبيل ونحوه فلا يجوز وفي البحر و يشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الآناء والحجر على حالهما فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع لانهُ لا يعلم مبلغ ما باعه منهُ اه ومفاد القولين انه لا يصح البيع على هذه الصورة الا بشرط تعجيل التسليم وقواه في البحر والنهر ولذلك لا يجوز في السلم لان التسليم فيه متأخر « رد محتار ملخصاً » ثم اعلم انه اذا بيعت المكيلات والموزونات جزافاً باناء او بحجر معين كان البيع جائزاً لكنه غير لازم لثبوت الخيار للمشتري فيهما « در مختار »فلو باع مثلا حنطة محرزة في بئر ومشاراً اليها صح البيع ولو لم يعلم المشتري كيل الحنطة اوعمق البئر ولكن اذا عرف المشتري بعد ذلك كيل الحنطة او عمق البئر كان بالخيار فان شاء امضى البيع وان شاء فسخه لانه ربما كان مقدار الحنطة غير موافق لغرضه وهذا الخيار يسمى خيار كشف الحال وهو من قبيل الاضافة الى السبب

﴿المادة ٢١٩﴾ ما جاز بيعه منفرداً جاز استثناوءه من البيع . مثلاً لو باع ثمر شجرة واستثنى منها كذا رطلاً على انه له صح البيع

ولو كان الثمر عَلَى رؤوس النخل(در مختار) و بالاولى اذا كان مجذوذاً وصح ايضاً استثناء قفيز من صبرة وشاة معينة من قطيع غنم اما لو كانت غير معينة فلا يجوز للجهالة التي تؤدي الى النزاع (خانية) ولو باع بناء او داراً واستثنى ما فيه من الخشب او اللبن او الاجر او التراب يجوز اذا اشتراه للنقض (هندية)

وما لا يجوز بيعهُ منفرداً لا يجوز استثناؤه من المبيع فلا يصح استثناء الحمل من الدابة ولا الالية من الشاة لانه لا يجوز ايراد العقد عَلَى الحمل والالية بانفرادهما

﴿المادة ٢٢٠﴾ يصح بيع المقدرات صفقة واحدة مع بيان ثمن كل فرد وقسم منها

لفظ المقدرات شامل للعدديات والمكيلات والموزونات والمذروعات

مثلاً لو باع صبرة حنطة او وسق سفينة من حطب او قطيع غنم او قطعة من جوخ على ان كل كيل من الحنطة او قنطار من الحطب او راس من الغنم او ذراع من الجوخ بكذا صح البيع

وكذا لو باع هذه الارض كل ذراع منها بكذا فانه يجوز البيع في الكل كل ذراع بما سمى له من الثمن (هندية) وقد ظهر من مآل هذه المادة انه لا يشترط بيان كمية المبيع بان يقول مثلاً بعتك هذه الصبرة على انها مائة كيل كل كيل بكذا او هذا القطيع على انه مائة شاة كل شاة بكذا وهذا على قول الامامين وقد رجحته جمعية المجلة تبعاً للهداية والخلاصة وغيرهما تيسيراً على الناس غير انه يثبت في البيع على هذه الصورة الخيار للمشتري بعد الكيل او الوزن او العد لان الثمن كان مجهولاً وقت البيع لعدم علمه كمية المبيع فربما كان يظن انه اقل من الذي ظهر فلما انكشف الحال بالكيل او الوزن او العد ثبت له الخيار (مجمع الانهر)

﴿المادة ٢٢١﴾ كما يصح بيع العقار المحدود بالذراع والجريب يصح بيعه بتعيين حدوده

﴿المادة ٢٢٢﴾ انما يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لا غيره

وكما يصح بيع العقار بالكيل او بالحدود يصح بيعه ايضاً بكليهما فلو باع ارضاً ذكر حدودها وقال ان مساحتها كذا ذراعاً كل ذراع بكذا صح وكانت العبرة للكيل لانه بتفصيل الثمن اصبح العقد وارداً عليه اما لو باع ارضاً بالف وذكر حدودها وذرعها فالعبرة للحدود وفي الحالين اذا وجدت الارض ازيد او انقص من القدر الذي ذكر في العقد فتجري عليه احكام المادة ٢٢٦

﴿المادة ٢٢٣﴾ المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي

ليس في تبعيضها ضرراذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع سواء سمي ثمنها جملة او بين وفصل لكل كيل او فرد او رطل منها ثمن على حدة

لان الحكم لا يتفاوت هنا بان يسمي البائع جملة الثمن او ان يفصل لكل كيل او فرد ثمنا

الا انه اذا وجد عند التسليم تاماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن

لتفرق الصفقة عليه فلم يقع رضاه بالموجود وفي الخانية رجل عنده حنطة او مكيل اخر او موزون ظن انها اربعة الاف من فباعها لاربعة نفر لكل واحد منهم الف من بثمن معلوم ثم وجده ناقصاً فالصحيح ما قال بعضهم ان الجواب فيه على التفصيل ان باع منهم جملة فلهم الخيار ان شآوا اخذوا الموجود بحصته من الثمن وان شآوا تركوا وان باع منهم على التعاقب فالنقصان على الاخير دون الاولين وهو بالخيار ان شاء اخذ ما وجد وان شاء ترك اه

واذا ظهر زائداً فالزيادة للبائع

لان البيع وقع على قدر معين وقد وجد فصح العقد وما زاد عليه لا يدخل في العقد لان القدر ليس بوصف حتى يدخل في البيع (درر) بخلاف الذرع فانه وصف كما سيأتي في شرح المادة ٢٢٤

مثلاً لو باع صبرة حنطة على انها خمسون كيلة او على انها خمسون كيلة كل كيلة منها بعشرة غروش بخمسمائة غرش فظهرت وقت التسليم خمسين كيلة لزم البيع وان ظهرت خمساً واربعين كيلة فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ الخمس والاربعين كيلة باربعمائة وخمسين غرشاً وان ظهرت خمساً وخمسين كيلة فالخمس كيلات الزائدة للبائع وكذا لو باع سفط بيض على انه مائة بيضة او على انه مائة بيضة كل بيضة بنصف قرش بخمسين قرشاً فان ظهرت عند التسليم تسعين بيضة فالمشتري مخير

ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ تسعين بيضة بخمسة وار بعين قرشاً واذا ظهرت مائة وعشر بيضات فالعشر الزائدة للبائع وكذلك لو باع زق سمن على انه مائة رطل يكون الحكم على الوجه المشروح

﴿المادة ٢٢٤﴾ لو باع مجموعاً من الموزونات التي في تبعيضها ضرر وبين قدره وذكر ثمن مجموعه فقط وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى

لان الوزن فيما يضره التبعيض وصف والوصف في اصطلاح الفقهاء ما يكون تابعاً لشيء غير منفصل عنه اذا حصل فيه يزيده حسناً وان كان في نفسه جوهراً (درر) واذا وجد المبيع بهذه الصورة ناقصاً عن القدر المعين كان نقصانه عبارة عن فوات وصف مرغوب فيه وفوات الوصف لا يوجب سقوط شيء من الثمن المعين بل يخير المشتري فقط

وان وجد زائداً عن القدر الذي بينه فالزيادة للمشتري ولا خيار للبائع

لانه وجد المبيع مع زيادة وهي في الكمية المتصلة وصف وتبع والوصف اذا لم يكن مقصوداً بالتناول لا يقابله شيء من الثمن كما لو باعه على انه معيب فوجده سليماً فان المشتري يأخذه بالثمن المسمى ولا خيار للبائع لان السلامة وصف لا يقابلها شيء من الثمن (مجمع الانهر)

مثلا لو باع فصاً من الماس على انهُ خمسة قراريط بعشرين الف قرش فاذا ظهر اربعة قراريط ونصفاً كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ الفص بعشرين الف قرش واذا ظهر خمسة قراريط ونصفاً اخذه المشتري بعشرين الف قرش ولا خيار للبائع في هذه الصورة

ومثل هذا لو طلب رجل من اخر ان يبيع منه اشجاراً في ارضه للحطب فاتفقا على رجال من اهل البصر لينظروا الى الاشجار كم يكون منها من الاوقار فاتفقوا على ان

هذه الاشجار خمسة وعشرون وقراً من الحطب فاشتراها بثمن معلوم فلما قطعها كانت اكثر من خمسة وعشرين وقراً فاراد البائع ان يمنع الزيادة عن المشتري ليس له ذلك (هندية)

﴿المادة ٢٢٥﴾ اذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر مع بيان مقداره وبيان اثمان اقسامه واجزائه وتفصيلها وظهر وقت التسليم زائداً او ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المجموع بحساب الثمن الذي بينه وفصله لاجزائه واقسامه

لان الوزن فيما يضره التبعيض وان كان وصفاً لا يقابله شيء من الثمن صار هنا اصلاً بافراده بذكر الثمن فانهم قالوا الوصف يقابله شيء من الثمن اذا صار مقصوداً بالتناول حقيقة (درر) وانما خير المشتري في الصورتين لان في صورة النقصان يتضرر بتفرق الصفقة عليه وفي صورة الزيادة يتضرر بالتزام الزائد من الثمن (در منتقى)

مثلاً لو باع منقلاً من النحاس على انه خمسة ارطال كل رطل بار بعين قرشاً فظهر المنقل اربعة ارطال ونصفاً او خمسة ارطال ونصفاً فالمشتري بالخيار في الصورتين ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المنقل بمائة وثمانين قرشاً ان كان اربعة ارطال ونصفاً وبمائتين وعشرين قرشاً ان كان خمسة ارطال ونصفاً

﴿المادة ٢٢٦﴾ اذا بيع مجموع من المذروعات سواء كان من الاراضي او من الامتعة وسائر الاشياء وبين مقداره وجملة ثمنه فقط او فصل اثمان ذرعانه ففي هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضرر واما الامتعة والاشياء التي ليس في تبعيضها ضرر كالجوخ والكرباس فالحكم فيها كالحكم في المكيلات . مثلاً لو بيعت عرصة على انها مائة ذراع بالف غرش فظهر انها خمسة وتسعون ذراعاً فالمشتري مخير ان شاء تركها وان شاء اخذ تلك العرصة بالف غرش واذا

ظهرت زائدة اخذها المشتري ايضاً بالف غرش فقط وكذا لو بيع ثوب قماش على انه يكفي قبا وانه ثمانية اذرع بار بعماية غرش فظهر سبعة اذرع خير المشتري ان شاء تركهُ وان شاء اخذه باربعماية غرش وان ظهر تسعة اذرع اخذهُ المشتري بتمامه باربعماية قرش ايضاً كذلك لو بيعت عرصة على انها مئة ذراع كل ذراع بعشرة غروش فظهرت خمسة وتسعين ذراعاً او مائة وخمسة اذرع خيّر المشتري ان شاء تركها وان شاء اخذها اذا كانت خمسة وتسعين ذراعاً بتسعماية وخمسين قرشاً واذا كانت مئة وخمسة اذرع بالف وخمسين قرشاً وكذا اذا بيع ثوب قماش على انهُ يكفي لعمل قباء وانه ثمانية اذرع كل ذراع بخمسين قرشاً فاذا ظهر تسعة اذرع او سبعة اذرع كان المشتري مخيراً ان شاء ترك الثوب وان شاء اخذه اذا كان تسعة اذرع باربعماية وخمسين قرشاً وان كان سبعة اذرع بثلاثمائة وخمسين قرشاً واما اذا بيع ثوب جوخ على انه مائة وخمسون ذراعاً بسبعة آلاف وخمسمائة قرش اوان كل ذراع منه بخمسين قرشاً فاذا ظهر مائة واربعين ذراعاً خيّر المشتري ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المائة والاربعين ذراعاً بسبعة الاف غرش فقط واذا ظهر زائداً عن المائة والخمسين ذراعاً كانت الزيادة للبائع

☀ المادة ٢٢٧ ☀ اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبيّن مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فظهر عند التسليم تاماً صح البيع ولزم وان ظهر ناقصاً او زائداً كان البيع في الصورتين فاسداً . مثلاً اذا بيع قطيع غنم على انه خمسون راساً بالف وخمسمائة غرش فظهر عند التسليم

خمسة وار بعين راساً او خمسة وخمسين فالبيع فاسد

انما فسد البيع في صورة النقصان لجهالة الثمن لان اجزاوءه لا تنقسم على اجزاء المبيع القيمي فلم يعلم لراس الغنم الناقص حصة معلومة من الثمن والحال انه يحتاج الى حط تلك الحصة من الثمن المسمى وهي مجهولة فيفسد البيع ووجه الفساد في صورة الزيادة جهالة المبيع لانه يحتاج الى رد الزائد وهو غير معلوم فيتنازعان فيه «درر»

﴿المادة ٢٢٨﴾ اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة صفقة واحدة وبيّن مقداره واثمان آحاده وافراده فاذا ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً خير المشتري ان شاء ترك وان شاء اخذ ذلك القدر بحصته من الثمن المسمى

لانهُ لما بين لكل منها ثمناً كان كل منها مبيعاً وحصة الناقص من الثمن المسمى معلومة فصح في العدد الموجود لكنه خير المشتري لتفرق الصفقة عليه «درر بزيادة»

وان ظهر زائداً كان البيع فاسداً

لان العقد يتناول القدر المسمى فيجب رد الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيداً او ردياً وجهالته تجعل المبيع ايضاً مجهولا فيفسد البيع «مجمع الانهر»

مثلاً لو بيع قطيع غنم على انه خمسون شاة كل شاة بخمسين قرشاً فظهر ذلك القطيع خمساً وار بعين شاة خيّر المشتري ان شاء ترك وان شاء اخذ الخمس والار بعين شاة بالفين ومائتين وخمسين غرشاً واذا ظهر خمسة وخمسين راساً كان البيع فاسداً

﴿المادة ٢٢٩﴾ اذا قبض المشتري المبيع في الصور التي يخير فيها من المواد السابقة مع علمه انهُ ناقص لا يخير في الفسخ بعد القبض

بل يرجع في النقصان وكذا لو قبض بعض المبيع لان قبضه بعد اطلاعه على نقصان المبيع دلالة على رضاه واما اذا قبض المبيع ولم يكن عالماً بالنقصان فلا يسقط خياره «ردمحتار»

الفصل الرابع

في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح وما لا يدخل

قال في الدرر اعلم ان ههنا اصولاً الاول ان كل ما يتناول اسم المبيع عرفاً يدخل في البيع وان لم يذكر صريحاً . الثاني ان كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار كان تابعاً له داخلاً في البيع ومالا فلا قالوا ان ما وضع لان يفصله البشر في الاخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار . الثالث ان ما لا يكون من القسمين ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في البيع بذكره والا فلا اه

﴿ المادة ٢٣٠ ﴾ كل ما جرى عرف البلدة على انه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر . مثلاً في بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار

والكنيف والعلو ذكر الحقوق والمرافق اولم يذكر وكذا يدخل العلو في بيع البيت والمنزل قال في مجمع الانهر والدر المختار وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار والاحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عرف اهله اه وقال في رد المحتار وفي عرفنا لو باع بيتاً من دار او دكاناً او اصطبلاً او نحوه لا يدخل علوه المبني فوقه ما لم يكن باب العلو من داخل المبيع اه

وفي بيع حديقة زيتون تدخل اشجار الزيتون من غير ذكر لان المطبخ والكيلار من مشتملات الدار وحديقة الزيتون تطلق على ارض تحتوي على اشجار الزيتون فلا يقال لارض خالية حديقة زيتون

﴿ المادة ٢٣١ ﴾ ما كان في حكم جزء من اجزاء المبيع اي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً الى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر . مثلاً اذا بيع قفل دخل مفتاحه واذا اشتريت بقرة حلوب لاجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع بدون ذكر

واما لو اشترى دابة فلا يدخل فلوها في البيع ما لم يذهب به مع امه الى موضع البيع فيدخل فيه للعرف « مجمع الانهر » والفرق بين البقرة والدابة ان البقرة لا ينتفع بها الا بالعجل وليست الدابة كذلك . وفي الهندية وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل في البيع بدلالة الحال الا ان يكون العرف بخلافه اه ولو شرى سمكة فوجد فيها درة لم تدخل الدرة في البيع لانها ليست من اجزاء السمكة «درر» . وفي الخانية اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة فان كانت في الصدف فهي للمشتري والا فان كان البائع اصطاد السمكة يردها المشتري على البائع وتكون عند البائع بمنزلة اللقطة يعرفها حولاً ثم يتصدق بها اه وفي الهندية وكل شيء لا يكون غذاء للسمكة فللبائع وما يكون غذاء للسمكة فهو للمشتري فان اشترى سمكة فوجد في بطنها سمكة فهي للمشتري ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع وكل شيء يوجد في حوصلة الطير مما يأكله فهو للمشتري وان كان غيره فهو للبائع ولو وجد لؤلؤة في بطن السمكة التي في بطن السمكة فهي للبائع ولو وجد في بطنها صدفاً فيه لحم وفي اللحم لؤلؤة كما تكون اللؤلؤة في الاصداف فهي للمشتري وكذا لو اشترى اصدافاً ليأكل ما فيها من اللحم فوجد في بعضها لؤلؤة في اللحم فهي له اه

﴿ المادة ٢٣٢ ﴾ توابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعاً بدون ذكر . مثلاً اذا بيعت دار دخل في البيع الاقفال المسمرة والخزن المستقرة والدفوف المسمرة المعدة لوضع الفرش والبستان الذي هو داخل حدود الدار

ودخل ايضاً السلم والسرير والدرج المتصلة « تنوير » والبئر الكائنة في الدار والبكرة التي على البئر بخلاف الدلو والحبل المعلقين عليها الا اذا قال بمرافقها ودخل ايضاً البستان الخارج عن الدار اذا كان اصغر منها واما اذا كان مثلها او اكبر فلا يدخل الا بالشرط « مجمع الانهر » ويدخل في بيع الحمام القدور التي يسخن فيها الماء والاجران اذا كانت متصلة واما اذا كانت منفصلة فان كانت كبيرة لا تنقل ولا تحول فتدخل ايضاً كالمتصلة والا فلا واما قدور الصباغين والقصارين واجاجين الغسالين

وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم المثبت كل ذلك في الارض فتدخل في البيع وان لم يقل بحقوقها قياساً لى مسألة البكرة والسلم « تاترخانية » وفي الخانية لو باع الحداد حانوتهُ يدخل كور الحداد في البيع وان لم يذكر المرافق و كور الصائغ لا يدخل وان ذكر المرافق لان كور الحداد مركب متصل وكور الصائغ لا يكون مركبا وزق الحداد الذي ينفخ فيه لا يدخل اه

والطريق الموصلة الى الطريق العام او السكة التي لا تنفذ

فهذه تدخل بدون ذكر الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والطريق الخاص في ملك انسان فان ذلك لا يدخل بدون ذكر صريح او بكل حق ونحوه لانه خارج عن الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع «ردمحتار» وكذا حق مسيل الماء في ملك خاص وحق القاء الثلج في ملك خاص لا يدخل في البيع الا بالذكر اما نصاًّ او بذكر الحقوق والمرافق « هندية »

فروع : اشترى منزلا في دار او مسكنا فيها لم يكن له طريق في هذه الدار الى ذلك المشترى الا ان يشتريه بكل حق او بمرافقه او بكل قليل او كثير وكذا المسيل ولو باع داراً بحقوقها فانما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حتى لو سد طريق داره وجعل لها طريقا آخر ثم باعها بحقوقها دخل في البيع الطريق الثاني لا الاول «هندية» ٠ دار فيها بيوت باع بعض البيوت بعينها بمرافقها ثم اراد البائع ان يرفع باب الدار الاعظم ليس له ذلك ان ابى المشتري « خانية » ٠ اذا كان طريق الدار المبيعة او مسيل مائها في دار اخرى لا يدخل بلا ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار صورته اذا كانت دار داخل دار اخرى للبائع او غيره فباع الداخلة فطريقها في الدار الخارجة ليس من الدار المبيعة بل من حقوقها فلا يدخل بلا ذكر الحقوق ونحوها ٠ له داران مسيل الاولى على سطح الثانية فباع الثانية بكل حق لها ثم باع الاولى من آخر فللمشتري الاول منع الثاني من التسييل على سطحه الا اذا استثنى البائع المسيل وقت البيع (رد محتار) ٠ يدخل الطريق والمسيل والشرب بلا ذكر الحقوق ونحوها في الاجارة والرهن والوقف اما لو اقر بدار او صالح عليها او اوصى بها لا يدخل كل ذلك الا بذكر الحقوق والمرافق (تنوير) وفي القسمة لا يدخل وان ذكر الحقوق والمرافق الا بنص صريح (در مختار)

وفي بيع العرصة تدخل الاشجار المغروسة على ان تستقر لان جميع هذه المذكورات لا تفصل عن المبيع فتدخل في البيع بدون ذكر ولا تصريح

ولا فرق فيما اذا كانت الاشجار مثمرة او لا صغيرة او كبيرة الا الاشجار المعدة للقلع الاتي بيانها في المادة الاتية فانها لا تدخل وكذا لا تدخل ايضاً الاشجار اليابسة لانها على شرف القطع (در مختار) فشابهت الحطب الموضوع في العرصة ٠

فائدة : في بيع الدار والارض تدخل الاحجار المثبتة في الارض لا المدفونة يدل عليه قولهم لو اشترى ارضاً بحقوقها وانهدم حائط منها فاذا فيه رصاص او ساج او خشب ان كان من جملة البنا كالذي يكون تحت الحائط يدخل وان شيئاً مودعاً فيه فهو للبائع فقولهم شيئاً مودعاً تدخل فيه الاحجار المدفونة ويقع كثيراً في بلادنا انه يشتري الارض او الدار فيرى المشتري فيها بعد حفرها احجار المرمر والكدان والبلاط والحكم فيه ان كان مبنياً فهو للمشتري وان كان موضوعاً لا على وجه البنا فهو للبائع وهي كثيرة الوقوع ٠ بقي لو ادعى البائع انها كانت مدفونة فلم تدخل والمشتري انها مبنية فقد يقال انهما يتحالفان لانه يرجع الى الاختلاف في قدر المبيع وقد يقال يصدق البائع لان اختلافهما في تابع لم يرد عليه العقد والتحالف على خلاف القياس فيما ورد عليه العقد فغيره لا يقاس عليه والبائع ينكر خروجه عن ملكه والاصل بقاء ملكه (رد محتار ملخصاً عن الرملي)

﴿ المادة ٢٣٣ ﴾ ما لا يكون من مشتملات المبيع ولا هو من توابعه المتصلة المستقرة او لم يكن في حكم جزء من المبيع او لم تجرِ العادة والعرف في بيعه معهُ لا يدخل في البيع ما لم يذكر وقت البيع اما ماجرت عادة البلدة والعرف ببيعه تبعاً للمبيع فيدخل في البيع من غير ذكر فالاشياء غير المستقرة التي توضع لان تستعمل وتنقل من محل الى آخر كالخزانة والكرسي والتخت المنفصلات لا تدخل في بيع الدار بلا ذكر

وكذا السلم المنفصل والابواب المنفصلة (رد محتار) وان اختلف العاقدان في باب الدار فقال البائع هو لي وقال المشتري لا بل هو لي فان كان الباب مركباً

متصلاً بالبناء كان القول للمشتري سواء كانت الدار في يده او في يد البائع وان لم يكن الباب مركباً وكان مقلوعاً فان كانت الدار في يد البائع كان القول قوله وان كانت في يد المشتري فالقول قوله (خانية)

وكذا احواض الليمون والازهار المنفصلة والاشجار الصغيرة المغروسة على ان تنقل من محل الى آخر وهي المسماة في عرفنا بالنصب لا تدخل في بيع البساتين بدون ذكر

بخلاف الاشجار المستقرة كما مر في المادة السابقة والاصل في هذا ان ما كان لقطعه مدة معلومة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الثمر فلا يدخل في البيع من غير ذكر وما ليس لقطعه مدة معلومة فهو بمنزلة الشجر فيدخل في بيع الارض من غير ذكر (هندية) ولو اشترى كرماً دخل في البيع الوثائل (هي جمع وثل وهو الحبل من الليف والمقصود ما يعلق به الكرم) المشدودة على الاوتاد المنصوبة في الارض وكذا الاعمدة المدفونة في الارض التي عليها اغصان الكرم المسماة بركائز الكرم (در مختار) بخلاف الاعمدة الملقاة على الارض اي غير المدفونة فانها لا تدخل لانها بمنزلة الحطب الموضوع في الكرم (رد محتار عن المنح)

كما لا يدخل الزرع في بيع الارض والثمر في بيع الاشجار ما لم تذكر صريحاً حين البيع

هذا اذا كان الزرع له قيمة اما اذا كان لا قيمة له فيدخل تبعاً بدون ذكر (در مختار) واما اذا كان لم ينبت فلا يدخل (ملتقى) واما الثمر فلا فرق فيه ان كان له قيمة ام لا فهو لا يدخل بدون ذكر سواء بيعت الاشجار منفردة او تبعاً للارض (طحطاوي) ثم اعلم انه اذا بيعت الارض ولم يدخل في البيع الزرع والثمر كان على البائع ان يقطعهما وان لم يظهر صلاحهما (تنوير) ويسلم المبيع للمشتري عند وجوب تسليمه اي عند نقد المشتري الثمن اذا كان حالاً فلو لم ينقد الثمن لا يكلف البائع قطع الزرع والثمر لانه حينئذٍ لا يلزمه تسليم المبيع (خانية) انظر المادة ٢٧٨ من المجلة . وقيدنا بكون الثمن حالاً لانه اذا كان مؤجلاً فليس للبائع ان يحبس المبيع بل عليه ان يسلمه للمشتري ويؤمر حينئذٍ بقلع الزرع والثمر وان شرط تركهما فسد البيع

لكونه شرطاً لا يقتضيه العقد لانه شغل ملك الغير (مجمع الانهر)

فرع : اشترى الكرم مع الغلة وقبضه ان رضي الاكار جاز البيع وله حصة من الثمن وان لم يرض لا يجوز بيعه (هندية)

لكن لجام دابة الركوب وخطام البعير وامثال ذلك في ما كان العرف والعادة فيها ان تباع تبعاً فهذه تدخل في البيع بدون ذكر

ومثل ذلك عذار الفرس اي مقودها بخلاف سرجها فانه لا يدخل الا بالذكر (رد محتار) ولو باع حماراً لا يدخل الاكاف في البيع من غير شرط ولا يستحق ذلك على البائع سوا كان الحمار موكفاً او لا وهو الظاهر (خانية) وفي الهندية والحبل المشدود في عنق الحمار يدخل في بيع الحمار للعرف الا ان يكون العرف بخلافه وتدخل الاقتاب في بيع الجمال واذا باع فرساً وعليه سرج فلا رواية لهذا في شي من الكتب قالوا ينبغي ان لا يدخل الا بالتنصيص عليه او يكون الثمن كثيراً لا يشتري ذلك الفرس عادة بمثل ذلك الثمن والحبل المشدود على قرن البقر لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا ان يكون العرف بخلافه اه

﴿ المادة ٢٣٤ ﴾ ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن

فلو اشترى داراً فذهب بناؤها لم يسقط شي من الثمن وان استحق اخذ الدار بالحصة بخلاف صوف الشاة لا ياخذ قسطاً من الثمن الا بالتسمية (هندية)

مثلاً . لو سرق خطام البعير المبتاع قبل القبض لا يلزم بمقابلته تنزيل شيء من الثمن المسمى

غير ان المشتري بالخيار ان شاء اخذ البعير بكل الثمن وان شاء تركه واما اذا استحق بعد القبض فيرجع المشتري على بائعه بنقصان الثمن لانه قال في جامع الفصولين ان كل ما يدخل في البيع تبعاً اذا استحق بعد القبض ينبغي ان يكون له حصة من الثمن اه ونقل عن شرح الاسبيجابي ان الاوصاف لا قسط لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض والاوصاف ما يدخل في البيع بلا ذكر كبناً وشجر وعن فتاوى رشيد الدين ان البناء وان كان تبعاً اذا لم يذكر في الشراء لكن اذا قبض يصير مقصوداً ويصير له حصة من الثمن اه وقد افتى في الحامدية نقلاً عن الخانية بالرجوع

بنقصان الشرب والمسيل اذا استحق الشرب بعد القبض وفي رد المحتار والحاصل ان ما يدخل في البيع تبعاً اذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن فيرجع المشتري على البائع بحصته وان استحق قبل القبض فان كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن فلا يرجع بشيء بل يخير بين الاخذ بكل الثمن او الترك الا اذا تعذر الرد بسبب من الاسباب فيرجع حينئذ بالنقصان وان جاز بيعه وحده كالشجر كان له حصة من الثمن فيرجع بها على البائع وهذا اذا لم يذكر في البيع اما في جامع الفصولين اذا ذكر البنا والشجر كانا مبيعين قصداً لا تبعاً اه ملخصاً . قلت قوله وان جاز بيعه وحده كالشجر كان له حصة من الثمن مخالف لما جاء في المادة ٢٣٤ حيث صرحت انه لو سرق خطام البعير قبل القبض لا يلزم بمقابلته تنزيل شي من الثمن مع ان خطام البعير مما يجوز بيعه وحده فتنبه

فروع : باع داراً ولآخر فيها مسيل ماء فرضي صاحب المسيل ببيع الدار فان كان له رقبة المسيل كان له حصة من الثمن وان كان له حق جري الماء فقط فلا قسط له من الثمن وبطل حقه (خانية) . رجل له ارض بيضاء ولاخر فيها نخل فباعهما رب الارض باذن الاخر بالف وقيمة كل واحدة منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان فان هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لانه ملك النخل وصفاً وتبعاً والثمن كله لرب الارض لانتقاض البيع في حق النخل فلم يسلم للمشتري الا الارض والثمن بمقابلة ما يسلم للمشتري دون ما فات وان هلك نصف النخل فلرب النخل ربع الثمن وثلاثة ارباعه لرب الارض ولو اثمر النخل ما يساوي خمسمائة فثلثا الثمن لرب النخل وثلثه لرب الارض وان باع الارض والنخل وسمي لكل واحدة ثمناً والارض والنخل لواحد او لرجلين ثم هلك النخل سقط نصف الثمن لان النخل اصل من وجه ووصف من وجه فان لم يسم لها ثمناً تكون تبعاً واذا سمى لها صارت اصلاً فاذا هلكت هلكت بحصتها من الثمن ولو لم يهلك النخل ولكنها اثمرت قبل القبض ثمراً يساوي خمسمائة فالارض بخمسمائة والنخل والثمر بخمسمائة عندهم (هندية)

﴿ المادة ٢٣٥ ﴾ الاشياء التي تشملها الالفاظ العمومية التي تزاد

في صيغة العقد وقت البيع تدخل في البيع . مثلاً لو قال البائع بعتك هذه

الدار بجميع حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل وكذا اذا باع اشجاراً او ارضاً بكل ما فيها او منها او بكل قليل اوكثير هو فيها دخل في البيع الثمر الذي على الشجر والزرع الذي في الارض نص عليهِ في الدرر والدر المنتقى . وفي الخانية اشترى ارضاً بشربها وللبائع في القناة التي يسقي منها الارض ماء كثير ذكر في النوادر انهُ يقضى للمشتري من الماء بقدر ما يكفي هذه الارض فيكون ذلك شراء مع الارض اه . وفيها باع كرماً بمجرى مائهِ و بكل حق هو له ومجرى مائهِ في سكة غير نافذة بينه و بين رجلين وعلى ضفة النهر اشجار فان كانت رقبة المجرى ملك البائع كانت الاشجار للمشتري وان لم تكن رقبة المجرى ملك البائع بل كان له حق تسييل الماء فالاشجار للبائع اذا كان هو الغارس او لم يكن الغارس معلوماً وان كان الغارس غير البائع كانت الاشجار للغارس اه

❋ المادة ٢٣٦ ❋ الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة واشباهها هي للمشتري

و يكون لها حصة من الثمن بخلاف الزيادة التي تحدث بعد القبض فانها تكون مبيعة تبعاً ولا حصة لها من الثمن اصلاً ولو اتلف البائع الزيادة المتولدة من المبيع قبل القبض سقطت حصته من الثمن و يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة وقت الاستهلاك ولا خيار للمشتري عند ابي حنيفه وقالا له الخيار ولو استهلك الزيادة اجنبي ضمن قيمتها وكانت مبيعاً مع الاصل (هندية)

مثلاً اذا بيع بستان ثم قبل القبض حصل فيه زيادة كالثمر والبقول فتلك الزيادة للمشتري و كذا لو ولدت الدابة المبيعة قبل القبض كان الولد للمشتري

وتكون الثمرة التي حصلت بعد العقد وقبل القبض زيادة على الارض والشجر عندهما وعند ابي يوسف على الشجر خاصة . بيانهُ اذا كانت قيمة الارض خمسمائة وقيمة الشجر كذلك والثمرة كذلك فاكل البائع الثمرة قبل القبض طرح عن المشتري ثلث الثمن عندهما و ياخذ الارض والشجر بثلثي الثمن ولا خيار لهُ عند ابي حنيفة وعند محمد له الخيار وقال ابو يوسف يطرح عنه ربع الثمن وله الخيار ان شاء اخذ الارض

والشجر بثلاثة ارباع الثمن وان شاء ترك ولو فاتت الثمرة بآفة سماوية لا يطرح شيء من الثمن ولا خيار للمشتري في قولهم جميعاً وان كان البائع سمى للشجر خمسمائة وللارض كذلك فان الثمن في هذا الفصل زيادة على الشجر خاصة اجماعاً. فاذا اكلها البائع طرح عن المشتري ربع الثمن ولا خيار لهُ عند ابي حنيفة (هندية)

فروع: اشترى شجرة ليقلعها فقلعها ثم نبت من اصل عروقها شجرة اخرى فهي للمشتري لانها نماء ملكهِ (خانية). اشترى شجرة بعروقها وقد نبت من عروقها اشجار فان كانت الاشجار النابتة بحيث لو قطعت شجرة الارض يبست صارت مبيعة والا فلا لانها اذا كانت تيبس بقطع الشجرة كانت نابتة من هذه الشجرة فكانت مبيعة (هندية) وفيها اعلم ان شراء الشجرة على ثلاثة اوجه اما ان يشتريها للقلع بدون الارض وفي هذا الوجه يؤمر المشتري بقلعها ولهُ ان يقلعها بعروقها واصلها يدخل في البيع وليس لهُ ان يحفر الارض الى ما تتناهى اليه العروق لكنه يقلعها على ما عليه العرف والعادة الا اذا شرط البائع القطع على وجه الارض او يكون في القطع مضرة على البائع نحو ان يكون بقرب من الحائط او ما اشبه فحينئذٍ يؤمر المشتري بان يقطعها على وجه الارض فان قلعها او قطعها ثم نبت من اصلها او عروقها شجرة فانها للبائع وان قطع من اعلى الشجرة فما نبت يكون للمشتري واما اذا اشتراها مع قرارها من الارض فانه لا يؤمر المشتري بقلعها ولو قلعها فلهُ ان يغرس مكانها اخرى واما اذا اشتراها ولم يشترط شيئاً فعند ابي يوسف الارض لا تدخل في البيع وعند محمد تدخل ولهُ الشجرة مع قرارها من الارض والفتوى على ان الارض تدخل واجمعوا على انه لو اشتراها للقطع لم يدخل ما تحتها من الارض وان اشتراها للقرار تدخل اتفاقاً وفي اي موضع دخل ما تحت الارض من الشجر فانها تدخل بقدر غلظ الشجرة وقت مباشرة ذلك التصرف حتى لو زادت الشجرة غلظاً بعد البيع كان لصاحب الارض ان ينحت ولا يدخل تحت البيع ما يتناهى اليه العروق والاغصان وعليه الفتوى اه

الباب الثالث

في بيان المسائل المتعلقة بالثمن وفيه فصلان

الفصل الاول

في بيان المسائل المترتبة على اوصاف الثمن واحواله

﴿ المادة ٢٣٧ ﴾ تسمية الثمن حين البيع لازمة · فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً

وذلك لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن بيان الثمن كان غرضه القيمة فكأنه باع بقيمته فيفسد (درر) واما اذا صرح في البيع بنفي الثمن كان البيع باطلاً (تنوير) لانعدام الركن من احدا الجانبين

﴿ المادة ٢٣٨ ﴾ يلزم ان يكون الثمن معلوماً

فلو جهل الثمن فسد البيع الا اذا كان الثمن غير محتاج الى القبض فجهالته حينئذ لا تمنع جواز البيع (خانية) ومن صور جهالة الثمن ما لو اشترى شيئاً برقمه ولم يعلم المشتري رقمه فسد العقد لان جهالة الثمن تمكنت في صلب العقد فان علم بعد ذلك في مجلس البيع انقلب العقد جائزاً وان تفرقا قبل العلم فسد (رد محتار) والرقم علامة يعرف بها مقدار ما وقع عليه البيع من الثمن (درر) ومن صورها ايضاً ما لو باع شيئاً بمثل ما باع فلان والبائع يعلم والمشتري لا يعلم ان علم المشتري في المجلس صح والا فسد ولكن لو باع بمثل ما باع فلان وكان المبيع شيئاً لا يتفاوت كالخبز واللحم جاز البيع · ومنها لو اشترى شيئاً بمثل ما يبيع الناس فهو فاسد وكذا لو اشترى بمثل ما اخذ به فلان ولم يعلما ذلك وقت العقد فان علماه فالبيع جائز وان علماه بعد العقد وهما في المجلس ينقلب العقد جائزاً ولكن يتخير المشتري لان ما يلزمه من الثمن انما ظهر في الحال وهذا يسمى خيار تكشف الحال (هندية) وفيها لو باع ثوباً برقمه ثم ان البائع باعه من اخر قبل ان يبين الثمن جاز بيعه من الثاني ولو ان البائع اخبر الاول بالثمن فلم يجزه حتى باعه البائع من اخر لم يجز بيعه من الثاني ولو استهلكه قبل العلم بالثمن كان عليه القيمة اه

﴿ المادة ٢٣٩ ﴾ اذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته والاشارة اليه

ولا يحتاج اذ ذاك الى معرفة قدره ووصفه فلو قال اشتريت منك هذه الفرس بهذه الدراهم التي في يدي فقبل البائع حال كونه مشاهداً تلك الدراهم صح البيع ولزم (رد محتار) ولو كان الثمن في صرة ولم يعرف ما فيها ثم خارج خيّر البائع و يسمى هذا خيار الكمية لا خيار الرؤية لعدم ثبوته في النقود (در مختار)

واذا كان غائباً يحصل ببيان مقداره ووصفه

﴿ المادة ٢٤٠ ﴾ البلد الذي يتعدد فيه نوع الدينار المتداول اذا بيع فيه شيء بكذا ديناراً ولم يبين نوع الدينار يكون البيع فاسداً والدراهم كالدنانير في هذا الحكم

ولكن اذا بين النوع قبل تفرق المجلس صح البيع لزوال المفسد قبل تقرره

﴿ المادة ٢٤١ ﴾ اذا جرى البيع على قدر معلوم من القروش كان للمشتري ان يؤدي الثمن من اي نوع شاء من النقود الرائجة غير الممنوع تداولها وليس للبائع ان يطلب نوعاً معيناً منها

غير انه يعتبر في الثمن مكان العقد فقد جاء في مجمع الفتاوى باع عيناً من رجل باصفهان بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشتري ببخارى يجب عليه الثمن بعيار اصفهان فيعتبر مكان العقد اه

﴿ المادة ٢٤٢ ﴾ اذا بيّن وصف الثمن وقت البيع لزم المشتري ان يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها . مثلاً لو عقد البيع على ذهب مجيدي او انكليزي او فرنساوي او ريال مجيدي او عمودي لزم المشتري ان يؤدي الثمن من النوع الذي وصفه وبينه من هذه الانواع

سواء رخصت هذه النقود بعد العقد او غلت مثل ذلك اذا اشترى داراً بمائة

ذهب مجيدي وقبل نقد الثمن رخص هذا النوع من النقود فلا يحق للبائع ان يمتنع عن قبض المائة ذهب المذكورة وليس له ان يطالب بقيمتها يوم البيع

❋ المادة ٢٤٣ ❋ لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد. مثلاً لو ارى المشتري البائع ذهباً مجيدياً في يده ثم اشترى بذلك الذهب شيئاً لا يجبر على اداء ذلك الذهب بعينه بل له ان يعطي البائع ذهباً مجيدياً من ذلك النوع غير الذي اراه اياه

يراد بالعقد هنا عقد المعاوضة كالبيع والاجارة اما غيرهما من العقود كالايداع والشركة فتتعين فيه النقود بالتعيين فلو اودع رجلاً عشرين ذهباً عثمانياً لزم الوديع ان يرد هذه الذهبات عيناً

❋ المادة ٢٤٤ ❋ النقود التي لها اجزاء اذا جرى العقد على نوع منها كان للمشتري ان يعطي الثمن من اجزاء ذلك النوع لكن يتبع في هذا الامر عرف البلدة والعادة الجارية. مثلاً لو عقد البيع على ريال مجيدي كان للمشتري ان يعطي من اجزائه النصف والربع لكن نظراً للعرف الجاري الان في دار الخلافة اسلامبول ليس للمشتري ان يعطي بدل الريال المجيدي من اجزائه الصغيرة كالعشر ونصفه

الفصل الثاني

في بيان المسائل المتعلقة بالبيع بالنسيئة والتأجيل

❋ المادة ٢٤٥ ❋ البيع مع تاجيل الثمن وتقسيطه صحيح

واذ ذاك لا يطالب المشتري بالثمن الا بعد حلول الاجل غير انه اذا توفي المشتري قبل الاجل يحل الدين واذا توفي البائع فلا لكون الاجل يبطل بموت المديون لا الدائن لان فائدة التأجيل ان يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال فاذا مات من له

الاجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل (درر) حتى لو ان الدائن اجل الدين على التركة بعد موت المديون فلا يصح التأجيل (بزازية) واذا حل الاجل بموت المشتري او المديون لا يحل على كفيله (در مختار) وفي بعض المسائل لا بد من تاجيل الثمن لاجل صحة البيع . من ذلك ما جاء في الخانية لو باع عبداً بثوب موصوف في الذمة فان ذكر للثوب اجلاً جاز وان لم يذكر له اجلاً لا يجوز لان الثوب لا يجب في الذمة بعقد المعاوضة الا سلماً والسلم لا بد له من الاجل فان ذكر للثوب اجلاً وافترقا قبل قبض العبد لا يفسد العقد اه

﴿المادة ٢٤٦﴾ يلزم ان تكون المدة معلومة في البيع بالتأجيل والتقسيط

اي انه يلزم ان يكون الاجل معلوم الوقت عند كلا العاقدين لان جهالته تفضي الى النزاع فيفسد البيع به (مجمع الانهر) وفيه عليه الف ثمن مبيع جعله ربه نجوماً على انه ان اخل بنجم منها حل الباقي فالامر كما شرط اه

﴿المادة ٢٤٧﴾ اذا عقد البيع على تاجيل الثمن الى كذا يوماً او شهراً او سنة او الى وقت معلوم عند العاقدين كيوم قاسم او النيروز صح البيع

اذا كان يوم قاسم او النيروز معلوماً عند المتبايعين . اما لو كان مجهولا عندهما او عند احدهما فقط فلا يصح (رد محتار) كما لا يصح التأجيل الى الحصاد والدباس والقطاف لانها تتقدم وتتأخر ولا الى صوم النصارى وفطرهم او فطر اليهود وصومهم اذا لم يدرِ العاقدان واما اذا اجلا الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم فيصح « تنوير » لانه معلوم وهو خمسون يوماً (در مختار) ثم اعلم ان هذه الآجال انما تفسد البيع اذا ذكرت في اصل العقد اما لو باع بثمن حال ثم بعد تمام العقد اجله الى هذه الاوقات صح البيع وصح التأجيل لان هذا تاجيل الدين لا الثمن والدين كالكفالة يحتمل فيه جهالة الاجل اذا كانت يسيرة فانه لو كفل الى هذه الاوقات صح كما في الملتقى والغرر

﴿المادة ٢٤٨﴾ تاجيل الثمن الى مدة غير معينة كامطار السماء يفسد البيع

غير انهُ اذا ابطل المشتري الاجل قبل الافتراق وقبل الفسخ صح البيع لارتفاع الفساد قبل تقرره « درر » ولا فرق فيما اذا نقد الثمن قبل الافتراق او بعده لما في جامع الفصولين: ابطل المشتري الاجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس او بعده جاز البيع عندنا استحساناً اه

﴿ المادة ٢٤٩ ﴾ اذا باع نسيئة بدون بيان مدة تنصرف الى شهر واحد فقط

﴿ المادة ٢٥٠ ﴾ يعتبر ابتداء مدة الاجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع

وذلك تحصيلاً لفائدة التأجيل وهي التصرف في المبيع وايفاء الثمن من ربحهِ مثلاً وهذا اذا كان البيع لازماً لا خيار فيه اما اذا كان فيه خيار فابتداء الاجل حينئذ منذ سقوط الخيار عند الامام الاعظم (خانية)

مثلاً لو باع متاعاً على ان ثمنه موجل الى سنة فحبسه البائع عنده سنة ثم سلمه للمشتري اعتبر اول السنة التي هي الاجل من يوم التسليم فليس للبائع حينئذٍ ان يطالبه بالثمن الا بعد مضي سنة من يوم التسليم وسنتين من حين العقد .

هذا اذا حبس البائع المبيع عن المشتري او كانت مدة الاجل منكّرة كما اذا باع الى سنة منكّرة غير معينة حسبما يظهر من المثال الوارد في متن المادة اما اذا لم يحبس البائع المبيع او كانت السنة معينة فلا يكون للمشتري سنة ثانية لان في الصورة الاولى يكون التقصير من المشتري لعدم قبضهِ المبيع (در مختار) وفي الصورة الثانية لانه لما عين المشتري سنة معينة تعين حقه فيما عينه فلا يثبت في غيره (رد محتار)

﴿ المادة ٢٥١ ﴾ البيع المطلق ينعقد معجلاً اما اذا جرى العرف في بلدة على ان يكون البيع المطلق موَجلاً او مقسطاً الى اجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الاجل . مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون

ان يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه اداء الثمن في الحال اما اذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل باعطاء جميع الثمن او بعض معين منه بعد اسبوع او شهر لزم اتباع العادة والعرف في ذلك

انظر المادة ٤٤

فروع : لرجل الف من ثمن مبيع فقال لمديونه اعطِ كل شهر مائة فلا يكون قوله هذا تاجيلاً (در مختار) لان مجرد الامر لا يستلزم التأجيل . يصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال لمن له عليه الف حالة ان دفعت اليَّ غداً خمسمائة فالخمسمائة الاخرى مؤخرة عنك الى سنة فهو جائز (طحطاوي عن المنح)

الباب الرابع

في بيان المسائل المتعلقة بالتصرف في الثمن والمثمن بعد العقد

ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في بيان حق تصرف البائع بالثمن و المشتري بالمبيع بعد العقد وقبل القبض

﴿ المادة ٢٥٢ ﴾ للبائع ان يتصرف بثمن المبيع قبل القبض فلو باع ماله من آخر بثمن معلوم كان له ان يحيل دائنه بثمنه

لقد تقدم في المادة ١٥٢ ان الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة وجاء في الشرنبلالية ان الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة وهو النقدان والمثليات اذا كانت معينة وقوبلت بالاعيان او غير معينة وصحبها حرف البا اهـ. ثم ان الثمن قسمان لانه تارة يكون حاضراً كما لو اشترى فرساً بهذه الدراهم او بهذا الكر من الحنطة فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ببيع او هبة او غيرهما من المشتري وغيره وتارة يكون ديناً في الذمة كما لو اشترى فرساً بكيل حنطة او بعشرة دراهم في

الذمة فهذا لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه الا بتمليكه من المشتري فقط لانه دين وتمليك الدين لا يصح الا ممن عليه الدين الا في ثلث مسائل على ما في الاشباه الاولى اذا احال دائنه بثمن المبيع الثابت بذمة المشتري كما في المثال الوارد في متن المادة . الثانية بان يوصي به لاخر . الثالثة اذا وهبه من اخر ووكله بقبضه من المدبون لانه حينئذٍ يكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه (رد محتار)

تنبيه : اعلم ان سائر الديون كالمهر والاجرة وضمان المتلفات ,قيمة المغصوب حكمها حكم الثمن الثابت في الذمة اي انه لا يجوز تمليكها قبل القبض الا من المدبون ما عدا راس مال السلم والمسلم فيه فلا يجوز تمليكهما لاحد قبل القبض ببيع او هبة ولو ممن هما عليه (در مختار) وسيأتي تفصيل ذلك في بابه

﴿ المادة ٢٥٣ ﴾ للمشتري ان يبيع المبيع من آخر قبل قبضه ان كان عقاراً

لا يخشى هلاكه كما في التنوير والدر المنتقى والدرر وهذا على قول الامامين ولما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك بالعقار نادر حتى لو تصور هلاكه قبل القبض لا يجوز بيعه بان كان عَلَى شط النهر او كان المبيع علواً (مجمع الانهر) . وكذا لو كان في موضع لا يؤمن ان تقلب عليه الرمال (طحطاوي) . وكما يجوز بيع العقار قبل قبضه يجوز ايضاً التصرف فيه بالرهن والهبة كما سيتضح في شرح الفقرة الاتية وبالاجارة كما سيأتي في المادة ٥٨٦ غير ان التصرفات المذكورة وان كانت جائزة الا انها لا تكون لازمة ونافذة الا بدفع الثمن للبائع او اجازته لها وعلى هذا لو باع المشتري العقار قبل قبضه او بعد قبضه الواقع بغير اذن البائع وقبل نقد ثمنه كان البيع غير نافذ بحق البائع فله ابطاله لان قبض المبيع بدون اذنه قبل نقد الثمن غير معتبر وله استرداده وحبسه حتى يقبض الثمن (رد محتار ملخصاً) انظر المادة ٢٧٧

وانما يصح بيع العقار قبل قبضهِ اذا باعه المشتري من اجنبي كما يشعر لفظ آخر الوارد في متن المادة واما اذا باعه من بائعه فالبيع فاسد (طحطاوي) غير انه اذا وهبه منه وقبل البائع الهبة كانت الهبة حينئذٍ مجازاً عن الاقالة فينقض البيع (خانية) واذا لم يقبل البائع الهبة كانت الهبة باطلة والبيع صحيحاً على حاله (طحطاوي)

وان كان منقولاً فلا

اي اذا كان المبيع منقولاً لا يصح بيعه قبل قبضه لا من البائع ولا من غيره لان

فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (مجمع الانهر) ويكون بيعه حينئذ فاسداً لا باطلاً لان علة الفساد الغرر مع وجود ركني البيع (طحطاوي) وعليه فلو اشترى عبدين وقبض احدهما ولم يقبض الاخر حتى باعهما جميعاً بالف على ان كل واحد بخمسمائة جاز البيع في ما قبض لا فيما لم يقبض وكذا لو اشترى مملوكاً فباعه قبل قبضه مع مملوك آخر عنده جاز البيع في الذي عنده فقط (هندية) وكما لا يصح بيع المنقول قبل قبضه لا تصح ايضاً اجارته كما سيأتي في المادة ٥٨٦ بخلاف هبته ورهنه واعارته من غير بائعه فانها صحيحة على قول محمد وهو الاصح (در مختار) اما لو كان المنقول مهراً او ميراثاً او بدل صلح عن دم عمد فانه يجوز بيعه قبل قبضه بالاتفاق (مجمع الانهر) وكذا لو ملك المنقول بالوصية جاز ايضاً بيعه قبل قبضه (هندية) والاصل في ذلك ان كل عقد لا ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض فالتصرف في ذلك العوض قبل قبضه جائز مطلقاً كالمهر وبدل الصلح عن دم العمد اذا كانا عيناً يجوز بيعهما وهبتهما واجارتهما قبل القبض وكل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عيناً في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عيناً لا يجوز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه اذا كان تصرفاً يتم قبل القبض كالبيع اما اذا كان تصرفاً لا يتم الا بالقبض كالهبة والرهن والصدقة فانه جائز عند محمد وهو الاصح لان الهبة لما كانت لا تتم الا بالقبض صار الموهوب له نائباً عن الواهب وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه ثم يصير قابضاً لنفسه فتتم الهبة بعد القبض بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض كالبيع فانه لا يجوز لانه اذا قبضه المشتري الثاني لا يكون قابضاً عن الاول لعدم توقف البيع على القبض فيلزم منه تمليك المبيع قبل قبضه وهو لا يصح (رد محتار ملخصاً) واذا وهب المشتري المنقول من بائعه قبل قبضه وقبل البائع الهبة انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح ولم ينتقض البيع الاول (تنوير) لان الهبة مجاز عن الاقالة لكون قبض البائع لا ينوب عن قبض المشتري فقد تعذرت الحقيقة وهي الهبة فيصار الى المجاز وهي الاقالة راجع المادة ٦١ اما البيع فانه لا يحتمل المجاز عن الاقالة لانه ضدها (طحطاوي)

تتمة: جميع ما مر انما هو في تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه فلو تصرف فيه البائع قبل القبض فلا يخلو من ان يكون بامر المشتري او لا فان كان بامره كما اذا امره ان يهبه من فلان او يؤجره ففعل وسلم صح وصار المشتري قابضاً وكذا لو اعار

البائع او وهب او رهن فاجاز المشتري واما لو قال المشتري ادفع الثوب الى فلان يمسكه الى ان ادفع لك ثمنه فهلك عند فلان لزم البائع لان امساك فلان لاجل البائع ولو امره بالبيع فان قال بعه لنفسك او بعه ففعل كان فسخاً وان قال بعه لي لا يجوز واما تصرف البائع بلا امر المشتري كما لو رهن المبيع قبل قبضه او اجره او اودعه فهلك المبيع انفسخ البيع ولا تضمين لانه لو ضمنهم رجعوا على البائع ولو اعاره او وهبه فمات المبيع او اودعه فاستعمله المودع فمات فان شاء المشتري امضى البيع وضمن هؤلاء وان شاء فسخه لانه لو ضمنهم لم يرجعوا على البائع ولو باعه البائع فمات عند المشتري الثاني فللاول فسخ البيع او تضمين المشتري الثاني فيرجع بالثمن على البائع ان كان قد نقده (خانية) قال في رد المحتار شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من اخر باكثر فاجازه المشتري لم يجز لانه بيع ما لم يقبض كذا في جامع الفصولين و يظهر منه انه يبقى على ملك المشتري الاول فله اخذه من الثاني لو قائماً وتضمينه لو هالكاً اه . وفي الهندية اشترى ثوباً ولم يقبضه فامر البائع خياطاً ان يقطعه له قميصاً باجر او بغير اجر لا يكون للمشتري ان يضمن الخياط ويرجع بالقيمة على البائع ولو اشترى شاة فامر البائع انساناً ان يذبحها ان علم الذابح بالبيع فللمشتري ان يضمنه الا انه لو ضمنه لا يرجع على البائع وان لم يكن الذابح قد علم بالبيع فليس للمشتري ان يضمنه اه

استطراد : باع شيئا بنفسه او بواسطة وكيله او باعه بالوكالة عن غيره ولم يقبض ثمنه او قبض بعضه فقط ثم اشتراه البائع بنفسه او بوكيله من المشتري او من وارثه لنفسه او لغيره بالوكالة بالاقل من قدر الثمن الاول او من وصفه كما لو باعه بالف الى سنة فاشتراه بالف الى سنتين فالبيع فاسد ولو بقي من الثمن درهم واحد . وكذا لو رخص السعر لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام وعلة الفساد ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج بها عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقي للمشتري عليه فضل بلا عوض فكان ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص وشراء من لا تجوز شهادته للبائع كابنه وابيه كشراء البائع بنفسه فلا يجوز ايضاً ثم لا بد لفساد البيع من اتحاد جنس الثمن و كون المبيع بحاله فان اختلف جنس الثمن او تعيب المبيع جاز مطلقاً كما لو شراه بازيد من الثمن الاول لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس ولان المبيع لو انتقض يكون النقصان من الثمن في مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها

او باكثر منه ولو ان المشتري باع ذلك المبيع من اخر او وهبه له او اوصى له به ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل باقل من قدر الثمن الاول فانه يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين (راجع المادة ٩٨) ولو خرج ذلك المبيع عن ملك المشتري ثم عاد اليه بحكم ملك جديد كاقالة او شراء او هبة او ارث فاشتراه البائع الاول منهُ باقل من الثمن الاول جاز اما لو عاد اليه بما هو فسخ كخيار رؤية اوشرط قبل القبض او بعده فلا يجوز اه ملخصاً عن التنوير ورد المحتار

الفصل الثاني

في بيان التزييد والتنزيل في الثمن والمبيع بعد العقد

﴿ المادة ٢٥٤ ﴾ للبائع ان يزيد مقدار المبيع بعد العقد

ولا يشترط للزيادة قيام المبيع فتصح بعد هلاكه لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم (طحطاوي)

واذا قبل المشتري في مجلس الزيادة كان له حق المطالبة بتلك الزيادة ولا تفيد ندامة البائع اما اذا لم يقبل في مجلس الزيادة وقبل بعده فلا عبرة بقبوله · مثلاً لو اشترى عشرين بطيخة بعشرين قرشاً ثم بعد العقد قال البائع اعطيتك خمساً اخرى ايضاً فقبل المشتري هذه الزيادة في المجلس اخذ خمساً وعشرين بطيخة بعشرين قرشاً اما لو لم يقبل في ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يلزم البائع اعطاء تلك الزيادة

ان زيادة المبيع تصح في غير السلم قال الزيلعي ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجوداً في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد فيها فلا تجوز اه · قال الخير الرملي ودل كلام السراج على جواز الحط منه (رد محتار) اما الحط من المبيع فان كان متعلقاً بالذمة فهو جائز وان كان عيناً فلا · فالحط من المسلم فيه صحيح وكذا لو باعه عشرين مداً من صبرة حنطة ثم حط من المبيع خمسة امداد صح اما لو باعه عشرين مداً معينة مفروزة فالحط

لا يصح لان الحط ابراء واسقاط وهما يصحان في الدين لا العين (طحطاوى) انظر اخر شرح المادة ١٥٦٥

﴿ المادة ٢٥٥ ﴾ للمشتري ان يزيد بالثمن المسمى بعد العقد

سواء كانت الزيادة من جنس الثمن او غيره في مجلس البيع او بعده من المشتري او من ورثته (رد محتار) او من اجنبي ايضاً غير انه اذا زاد الاجنبي بامر المشتري تجب الزيادة على المشتري وان بغير امره فان اجاز المشتري لزمته والا بطلت ولو ضمن الزيادة عن المشتري او اضافها الى نفسه لزمته فان كانت بامر المشتري رجع والا فلا لكونه متبرعاً (طحطاوي) غير انه يشترط لصحة الزيادة قيام المبيع فلا تصح بعد هلاكه ولو حكماً كما اذا باعه او وهبه ثم شراه لان تبدل الملك كتبدل العين (انظر المادة ٩٨) بخلاف ما لو اجره او رهنه او جعل الحديد سيفاً او ذبح الشاة المشتراة لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع (در مختار) ومثل ذلك لو خاط الثوب اي فتصح الزيادة فيه (رد محتار)

فاذا قبل البائع تلك الزيادة في ذلك المجلس كان له حق المطالبة بها ولا تفيد ندامة المشتري

حتى لو دفع المشتري الثمن المسمى كان للبائع ان يحبس المبيع عليه حتى يقبض الزيادة (طحطاوي) والمقصود بالمجلس هنا مجلس الزيادة لا العقد

واما لو قبل بعد ذلك المجلس فلا يعتبر قبوله حينئذ . مثلاً لو بيع حيوان بالف قرش ثم بعد العقد قال المشتري للبائع زدتك مائتي قرش وقبل البائع في ذلك المجلس اخذ المشتري الحيوان المبتاع بالف ومائتي قرش اما لو لم يقبل البائع في ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يلزم المشتري دفع المائتي قرش التي زادها .

تتمة : اشترى عبدين صفقة واحدة بالف درهم وتقابضا او لم يتقابضا حتى زاد المشتري مائة بثمن احد العبدين بعينه او قال من ثمن احدهما ولم يعين لا تجوز الزيادة وان كان لكل واحد منهما ثمن على حدة وزاد في ثمن احدهما بعينهِ جازت وكذا اذا

زاد في ثمن احدهما لا بعينه وجعل القول قول المشتري في اضافة الزيادة الى احد الثمنين

❊ المادة ٢٥٦ ❊ حط البائع من الثمن المسمى بعد العقد صحيح ومعتبر

ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن لكون الحط اسقاطاً والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله (مجمع الانهر) ولا يشترط لصحة الحط قبول المشتري ولكنه يرتد برده لان الحط ابرآ والابرآ لا يحتاج الى القبول ولكنه يرتد بالرد انظر المادة ١٥٦٨

مثلاً لو بيع مال بمائة قرش ثم قال البائع بعد العقد حططت من الثمن عشرين قرشاً كان للبائع ان يأخذ مقابل ذلك المال ثمانين قرشاً فقط

ويصح الحط ايضاً من راس مال السلم والمسلم فيه كما هو صريح كلامهم رملي على المنح كذا في رد المحتار وفي الهندية اذا وهب البائع بعض الثمن للمشتري قبل القبض او ابرأه من بعض الثمن فهو حط فان كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض او وهب بان قال وهبتك بعض الثمن او قال حططت بعض الثمن عنك صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال ابرأتك من بعض الثمن بعد القبض لا يصح الابرآ واذا حط كل الثمن او وهبه او ابرأه منه فان كان ذلك قبل قبض الثمن صح الكل ولكن لا يلتحق باصل العقد وان كان بعد قبض الثمن صح الحط والهبة ولم يصح الابرا والابرآ من الثمن بعد الاقالة يجوز والمبيع امانة في يد المشتري بعد الاقالة اه

❊ المادة ٢٥٧ ❊ زيادة البائع في المبيع والمشتري في الثمن وحط البائع من الثمن بعد العقد يلتحقان باصل العقد . فكان العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة والحط

فلو باع امة ولم يقبضها حتى زاد البائع امة اخرى ثم استحقت الاولى ياخذ المشتري الباقية بحصتها من الثمن (هندية) ثم ان حط البائع من الثمن انما يلتحق باصل العقد بشرطين . الاول ان يكون الحط من غير الوكيل في شفعة الخانية الوكيل بالبيع اذا باع الدار بالف ثم حط عن المشتري مائة صح وضمن المائة للموكل وبرأ المشتري منها وياخذ الشفيع الدار بالف لان حط الوكيل لا يلتحق باصل العقد اه . الثاني ان لا يكون المحطوط وصفاً كما لو باع ارضاً بالف درهم من الجياد فرضي البائع ان يقبض زيوفاً او باع ارضاً بفرس تساوي قيمته اربعة الاف فتعيب في يد

المشتري قبل القبض فنزلت قيمته الى ثلاثة الاف ومع ذلك قبله البائع فالشفيع يأخذ المبيع في الصورة الاولى بالف جياد وفي الثانية باربعة الاف لان المحطوط هنا وصف (بزازية بزيادة ايضاح)

﴿ المادة ٢٥٨ ﴾ ما زاده البائع في المبيع بعد العقد يكون له حصة من الثمن المسمى . مثلاً لو باع ثماني بطيخات بعشرة قروش ثم بعد العقد زاد البائع في المبيع بطيختين فصارت عشراً وقبل المشتري في المجلس فكأنه باع عشر بطيخات بعشرة قروش حتى لو تلفت البطيختان المزيدتان قبل القبض لزم تنزيل ثمنهما قرشين من اصل ثمن البطيخ فليس للبائع حينئذٍ ان يطلب من المشتري سوى ثمن ثماني بطيخات . كذلك لو باع من ارضه الف ذراع بعشرة الاف قرش ثم بعد العقد زاد البائع مائة ذراع وقبل المشتري في المجلس فتملك رجل الارض المبيعة بالشفعة كان لهذا الشفيع اخذ جميع الالف والمائة ذراع المبيعة والمزيدة بعشرة الاف قرش

اما لو زاد البائع بعد العقد شيئاً لا يجوز بيعه فسد البيع (رد محتار)

﴿ المادة ٢٥٩ ﴾ اذا زاد المشتري في الثمن كان مجموع الثمن مع الزيادة مقابلاً لجميع المبيع في حق العاقدين . مثلاً لو اشترى عقاراً بعشرة الاف قرش فزاد المشتري قبل القبض خمسمائة قرش في الثمن وقبل البائع تلك الزيادة كان ثمن ذلك العقار عشرة الاف وخمسمائة قرش حتى لو ظهر مستحق للعقار واثبته وحكم له به وتسلمه كان للمشتري ان ياخذ من البائع عشرة الاف وخمسمائة قرش

ولو اجاز المستحق البيع اخذ كل الثمن والزيادة (رد محتار) ولو رد المشتري المبيع بخيار العيب رجع على البائع بالثمن والزيادة (هندية)

اما لو ظهر شفيع لذلك العقار فلا تلزمه الزيادة لان حق الشفيع

يتعلق باصل الثمن المسمى والزيادة التي صدرت بعد العقد انما تلحق باصل العقد في حق العاقدين ولا يمكنها ان تسقط حق ذلك الشفيع فيأخذ العقار بالعشرة الاف قرش التي هي اصل الثمن فقط وليس للبائع ان يطالبه بالخمسمائة قرش التي زادها المشتري بعد العقد

وذلك لان حق الشفيع تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس للعاقدين ابطال حقه (درر)

تتمة : اذا زاد في الثمن عرضاً فهلك قبل تسليمه انفسخ العقد بقدره (در مختار) فلو اشترى بمائة ثم زاد عرضاً قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم انفسخ العقد في ثلثه لان العرض مبيع وان جعل ثمناً وهلاك المبيع قبل القبض يوجب الانفساخ (رد محتار)

﴿ المادة ٢٦٠ ﴾ اذا حط البائع من الثمن كان جميع المبيع مقابلاً للباقي من الثمن بعد التنزيل والحط. مثلاً لو بيع عقار بعشرة الاف قرش ثم حط البائع من الثمن الف قرش كان ذلك العقار مقابلاً للتسعة الاف قرش الباقية وبناءً عليه لو ظهر شفيع للعقار المذكور اخذه بتسعة الاف قرش فقط

وكذا لو استحق المبيع فيرجع المشتري عَلَى البائع بما بقي من الثمن بعد الحط لان الحط يلتحق باصل العقد وفي الاشباه هبة بعض الثمن تظهر في حق الشفيع الا اذا كانت بعد القبض .ه. اي قبض الثمن وذلك لان الهبة في هذه الصورة عقد جديد لا علاقة له بالبيع فليس للشفيع ان يستفيد منها

﴿ المادة ٢٦١ ﴾ للبائع ان يحط جميع الثمن قبل القبض

لكن لا يصح الحط والبيع ما لم يكن الحط بعد تمام العقد . فلو قال بعتك هذا العبد بالف ووهبتك الثمن او ابرأتك منه وقال الاخر اشتريت لا يصح اما اذا باع بكذا من الثمن وقبل المشتري ثم ابرأه من الثمن او وهبه منه او تصدق عليه به صح

(هندية) . وجه ذلك ان الثمن لا يثبت للبائع بمجرد الايجاب دون القبول فلا يصح تصرفه فيه بالهبة والابرآ اما بعد تمام العقد بالايجاب والقبول يثبت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن ويصير الثمن ديناً في ذمة المشتري فتصح هبته منه انظر المادة ٨٤٧

لكن لا يلحق هذا الحط باصل العقد فلو باع عقاراً بعشرة الاف قرش ثم قبل القبض ابرأ البائع المشتري من جميع الثمن كان للشفيع ان ياخذ ذلك العقار بعشرة الاف قرش وليس له ان ياخذه بدون ثمن اصلاً

لان حط كل الثمن لا يلحق باصل العقد فانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعاً بلا ثمن فلا يصح الحط في حق الشفيع وصح في حق المشتري وكان ابرآ له عن الثمن حتى لو استحق المبيع منه لا يرجع المشتري على بائعه بشيء من الثمن لان لا ثمن له على بائعه (رد محتار) ثم ان هذا محله في ما اذا حط البائع كل الثمن دفعة واحدة اما لو حط النصف ثم حط النصف الاخر فالحط الاول يلتحق باصل العقد دون الثاني كما سيأتي في كتاب الشفعة

الباب الخامس

في بيان المسائل المتعلقة بالتسليم والتسلم وفيه ستة فصول

الفصل الاول

في حقيقة التسليم والتسلم وكيفيتها

✻ المادة ٢٦٢ ✻ القبض ليس بشرط في البيع الا ان العقد متى تم كان على المشتري ان يسلم الثمن اولاً ثم يسلم البائع المبيع اليه

لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لان الثمن لا يتعين بالتعيين فمتى دفعه تعين فتحصل المساواة (طحطاوي) . غير انه يشترط لذلك ان يحضر البائع المبيع (در منتقى) وان يكون الثمن حالاً وان لا يكون

في البيع خيار للمشتري فلا يطالب المشتري بالثمن قبل حلول الاجل وقبل سقوط الخيار (رد محتار) وحيث لم يكن القبض شرطاً في البيع فليس للبائع ان يفسخه لعدم قبض المبيع (علي افندي)

﴿ المادة ٢٦٣ ﴾ تسليم المبيع يحصل بالتخلية

سواء كان البيع صحيحاً او فاسداً على الاصح (خانية)

وهي ان ياذن البائع المشتري بقبض المبيع ولا مانع يمنعه من تسلمه

اي انه يشترط في التخلية ان تكون على وجه يتمكن المشتري فيه من القبض بلا مانع ولا حائل بان يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق غيره فلو باع داراً وسلمها الى المشتري وله فيها متاع قليل او كثير لا يكون تسليماً حتى يسلمها فارغة ولو كان المتاع لغير البائع فلا يمنع التسليم فلو اذن للمشتري بقبض الدار والمتاع صح وصار المتاع وديعة عنده (رد محتار) وفي الهندية لو باع الاب داراً من ابنه الصغير في عياله وهو ساكن فيها جاز البيع ولا يصير الابن قابضاً حتى يفرغ الاب فان انهدمت الدار والاب فيها ساكن يكون من مال الاب وكذلك لو كان فيها متاع الاب وعياله وليس هو بساكن فيها وكذلك لو باع من ابنه الصغير جبة هي على الاب او طيلساناً هو لابسه او خاتماً في اصبعه لا يصير الابن قابضاً حتى ينزع ذلك وكذلك في الدابة والاب راكبها حتى ينزل فان كان عليها حمولة حتى يحط عنها اهـ وفيها لو باع داره من ابنه وهو ساكن فيها لا يصير الابن قابضاً حتى يفرغها الاب ويشترط تسليمها الى امين القاضي فان عاد الاب بعد ما تحول عنها فسكنها او جعل فيها متاعه او اسكنها عياله وكان غنياً صار بمنزلة الغاصب اهـ اما لو كان المبيع شاغلاً فلا يمنع من التسلم كما لو باع حنطة في جوالق فشغل الحنطة للجوالق لا يمنع من القبض اذا خلى البائع بينها وبين المشتري (رد محتار)

﴿ المادة ٢٦٤ ﴾ متى حصل تسليم المبيع صار المشتري قابضاً له

فلو وجد البائع بعد ذلك دراهم الثمن زيوفاً فليس له استرداد المبيع وحبسه به (تنوير) لانه استوفى اصل حقه فليس له نقض التسليم وكذا لو تصرف فيه المشتري بالبيع او الهبة بعد القبض الواقع باذن البائع ثم وجد البائع الثمن زيوفاً لا يحق له ان ينقض تصرف المشتري واما لو قبض المبيع بعد نقد الثمن بلا اذن البائع وتصرف

فيه عَلَى الوجه المشروح ثم وجد البائع الثمن زيوفاً فينتقض من التصرفات ما يحتمل النقض كالبيع والهبة ولا ينقض ما لا يحتمل النقض كالعتق وفروعه (رد محتار)

✻ المادة ٢٦٥ ✻ تختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع

قال في الخانية رجل باع فصاً في خاتم بدينار ودفع الخاتم الى المشتري وامره ان ينزع الفص فهلك الخاتم عند المشتري ان كان المشتري يقدر على نزعه بغير ضرر كان على المشتري ثمن الفص لا غير وان كان لا يقدر على نزع الفص الا بضرر لا شيء عَلَى المشتري لان تسليم المبيع لم يصح وان لم يهلك الخاتم خير المشتري ان شاء تربص حتى ينزعه البائع وان شاء نقض البيع اه · وفي الهندية رجل باع حباباً في بيت لا يمكن اخراجها الا بقلع الباب فان البائع يجبر عَلَى تسليمها خارج البيت فان كان لا يقدر على تسليمها الا بضرر كان له ان ينقض البيع اه

✻ المادة ٢٦٦ ✻ اذا كان المشتري في العرصة او الارض المبيعة او كان يراهما من طرفها يكون اذن البائع له بالقبض تسليماً

✻ المادة ٢٦٧ ✻ اذا بيعت ارض مشغولة بالزرع يجبر البائع على رفع الزرع بحصاده او رعيه وتسليم الارض خالية للمشتري

سواء كان الزرع صالحاً للانتفاع او لا وان لم يرفع الزرع باحد هذين الوجهين لا تكون التخلية تسليماً لكون المبيع مشغولاً بملك البائع كما مرَّ في شرح المادة ٢٦٣ ثم انما يجبر البائع عَلَى قلع الزرع اذا كان التسليم قد اصبح لازماً عليه كما لو ادى المشتري الثمن المعجل او كان الثمن موًجلاً (رد محتار)

✻ المادة ٢٦٨ ✻ اذا بيعت اشجار فوقها ثمار يجبر البائع على جز الثمار ورفعها وتسليم الاشجار خالية للمشتري

✻ المادة ٢٦٩ ✻ اذا بيعت ثمار على اشجارها يكون اذن البائع للمشتري بجزها تسليماً

لانهُ يمكن المشتري الجزاز من غير تصرف في ملك البائع (هندية) ولان موُونة التسليم فيما بيع جزافاً عائدة على المشتري كما سيأتي في مادة ٢٩٠ ومن ثم لو هلكت

الثمار بعد اذن المشتري بجزها هلكت على المشتري (بزازية)

﴿ المادة ٢٧٠ ﴾ العقار الذي له باب وقفل كالدار والكرم اذا وجد المشتري في داخله وقال لهُ البائع سلمته اليك كان قوله ذلك تسليماً واذا كان المشتري خارج ذلك العقار فان كان قريباً منه بحيث يقدر على اغلاق بابه وقفله في الحال يكون قول البائع للمشتري سلمتك اياه تسليماً ايضاً وان لم يكن قريباً منه بهذه المرتبة فاذا مضى وقت يمكن فيه ذهاب المشتري الى ذلك العقار ودخوله فيه يكون تسليماً

قول البائع للمشتري سلمتك اياه شرط لصحة التخلية والمقصود بهِ الاذن بالقبض لا خصوص لفظ التسليم فيصح ان يقال عوضاً عنه خذ المبيع او خليت بينك وبينهُ وان لم يقل شيئاً من ذلك فلا يصح القبض (خانية وغيرها) قال في الدر المنتقى والناس عنه غافلون فانهم يشترون قرية و يقرون بالتسليم والقبض وهو (اي الاقرار) لا يصح بهِ القبض على الصحيح اه

﴿ المادة ٢٧١ ﴾ اعطاء مفتاح العقار الذي له قفل للمشتري يكون تسليماً

اذا امكن فتحه بلا كلفة قال في الهندية وقبض المفتاح قبض للدار اذا تهيأ لهُ فتحها بلا كلفة والا فليس بقبض اه . ويشترط ايضاً في هذه الصورة ان يكون المشتري قريباً من المبيع او اذا كان بعيداً ان يمر وقت يتمكن فيهِ من الوصول الى ذلك العقار كما في المادة السابقة

﴿ المادة ٢٧٢ ﴾ الحيوان يمسك براسهِ او اذنه او رسنه الذي في رأسه فيسلم . وكذا لو كان الحيوان في محل بحيث يقدر المشتري على تسلمه بدون موءونة فاراه البائع اياه واذنه بقبضه كان ذلك تسليماً ايضاً

وفي الهندية ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان

كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضاً والا فلا وان كانا راكبين فباع المالك منهما من الآخر لا يصير قابضاً كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها اه . ولو اشترى طيراً او حيواناً في بيت وامرهُ البائع بقبضه ففتح الباب فذهب ان امكنه اخذه بلا عون كان قبضاً (خانية) وان لم يفتح المشتري الباب وانما فتحهُ رجل آخر او فتحه الريح حتى خرج الحيوان ينظر ان كان المشتري لو دخل البيت يقدر على اخذه يكون قابضاً والا فلا . ولو اشترى بقرة من رجل وهي في المرعى فقال له البائع اذهب واقبض البقرة فان كانت البقرة بقربهما بحيث يتمكن المشتري من قبضها لو اراد فهو قابض لها على الصحيح (هندية) وفي الخانية اشترى بقرة مريضة وخلاها في منزل البائع قائلاً ان هلكت فمني وماتت البقرة فمن البائع لعدم القبض وكذا لو قال المشتري للبائع سقها الى منزلك فاذهب واستلمها فهلكت حال سوق البائع فتهلك من مال البائع وان ادعى البائع انهُ كان قد سلمها للمشتري قبل الهلاك فالقول للمشتري اه

❊ المادة ٢٧٣ ❊ كيل المكيلات ووزن الموزونات بامر المشتري ووضعها في الظرف الذي هيأه لها يعد تسليماً

❊ المادة ٢٧٤ ❊ تسلم العروض باعطائها ليد المشتري او بوضعها عنده او بارائتها له مع الاذن بقبضها

غير انهُ يشترط في الحالتين الاخيرتين ان يمكن للمشتري قبض المبيع من غير قيام (رد محتار) واذا تم ذلك كان قابضاً وان لم يقبض المشتري بالفعل قال في الهندية اشترى عبداً في منزل البائع فقال البائع للمشتري قد خليت بينك وبينهُ فابى المشتري ان يقبضه ثم مات العبد فهو من مال المشتري اه وفيها البائع اذا دفع المبيع الى من في عيال المشتري لا يصير المشتري قابضاً حتى لو هلك المبيع ينفسخ البيع ولكن لو اتلف المشتري المبيع في يد البائع او احدث فيه عيباً فهو قبض منه وكذلك لو فعله البائع بامره واذا امر المشتري البائع بطحن الحنطة فطحن صار قابضاً والدقيق للمشتري ولو اودع المشتري المبيع من البائع او اعار منه او آجره لم يكن قابضاً ولا يجب الاجر ولو اودعه المشتري عند اجنبي او اعار منه فامر البائع بالتسليم اليه يصير قابضاً ولو أمر المشتري البائع ان يعمل في المبيع عملاً لا ينقصهُ كالقصارة باجر او بغير اجر لا يصير

قابضاً وتجب الاجرة عَلَى المشتري ان كان باجر وان كان عملاً بنقصه يصير قابضاً اه
وفي الخانية اشترى عبداً ولم يقبضه فامر البائع ان يهبهُ من فلان ففعل البائع ودفعه
الى الموهوب له جازت الهبة و يصير المشتري قابضاً وكذا لو امر البائع ان يؤجره من
فلان فعين او لم يعين ففعل جاز وصار المستأجر قابضاً للمشتري اولاً ثم يصير قابضاً
لنفسه والاجر الذي ياخذه البائع من المستاجر يحسب من الثمن ان كان من جنسهِ
وكذا لو اعار البائع العبد من رجل قبل التسليم الى المشتري او وهب او رهن فاجاز
المشتري ذلك جاز ويصير قابضاً اه

﴿ المادة ٢٧٥ ﴾ الاشياء التي بيعت جملة وهي داخل صندوق او
عنبر او ماشابهه من المحلات التي تقفل تسلم باعطاء مفتاحها للمشتري مع
الاذن له بقبضها. مثلاً لو بيع عنبر حنطة او صندوق كتب جملةً يكون
اعطاء مفتاح الانبار او الصندوق للمشتري تسليماً

اذا امكنه الفتح بلا كلفة كما مر في شرح المادة ٢٧١ غير انه يشترط ان يأمره
البائع بالقبض قال في الهندية باع مكيلاً في بيتٍ مكايلةً او موازنةً وقال خليت
بينك و بينه ودفع اليهِ المفتاح ولم يكلهُ او لم يزنه صار المشتري قابضاً ولو انه دفع الى
المشتري المفتاح ولم يقل خليت بينك وبينه لا يكون قابضاً اه . راجع شرح المادة ٢٧٠
وفيها اشترى من آخر دهناً معيناً ودفع اليه قارورة ليزنه فيها فوزن بحضرة المشتري
صار المشتري قابضاً وان كان قد وزن بغيبة المشتري قيل يصير قابضاً وهو الصحيح
وكذا كل مكيل او موزون اذا دفع اليه الوعاء فكالهُ او وزنه في وعائه ولو كان الدهن
غير معين لا يصير قابضاً ولا مشترياً سواء وزن في غيبتهِ او بحضرته ولو قبض بعد
ذلك حقيقة يصير مشترياً قابضاً ولو اشترى من اخر عشرة ارطال دهن بدرهم فجاء
بقارورة ودفعها اليه وأمره ان يكيل لهُ فيها والدهن معين فلما وزن فيها رطلاً
انكسرت القارورة وسال الدهن ووزن الباقي وهما لا يعلمان بالانكسار فما وزن قبل
الانكسار فهلاكهُ على المشتري وما وزن بعده فهلاكهُ على البائع وان دفع القارورة
منكسرة الى البائع ولم يعلما بذلك وصب فيها بامر المشتري فذلك كله عَلَى المشتري ولو
ان المشتري امسك القارورة بنفسهِ ولم يدفعها الى البائع والمسألة بحالها كان الهلاك

في جميع ما ذكرنا على المشتري اه

وفي الخانية ولو اشترى دهنًا ودفع القارورة الى الدهان وقال له ابعثها الى منزلي فبعث فانكسرت في الطريق فان كان قد قال الدهان ابعث على يد غلامي ففعل فانكسرت القارورة في الطريق فانها تهلك على المشتري ولو قال ابعث على يد غلامك فبعثها فهلكت في الطريق فالهلاك على البائع لان حضرة غلام المشتري كحضرة المشتري واما غلام البائع فهو بمنزلة البائع اه . وفيها لو باع خلاً في دن في بيته وخلّى بينه و بين المشتري فختم المشتري عَلى الدن وتركهُ في بيت البائع فهلك بعد ذلك هلك على المشتري في قول محمد وعليه الفتوى ولو دفع الى قصاب درهمًا وقال لهُ اعطني بهذا الدرهم لحمًا وزنهُ وضعه في هذا الزنبيل في حانوتك حتى اجيء بعد ساعة ففعل القصاب فاكات الهرة اللحم فان بين المشتري موضع اللحم هلك على المشتري والا فعلى البائع اه

✻ المادة ٢٧٦ ✻ اذا قبض المشتري المبيع فرآه البائع ولم يمنعهُ كان ذلك اذنًا من البائع بالقبض

واذا اخذه المشتري على هذه الصورة صار قابضاً حقيقة ثم اعلم انه يوجد نوع اخر من القبض وهو ما ينوب عن قبض الشراء والاصل فيه ان البيع اذا وقع والمبيع مقبوض من المشتري مضمون عليه بالقيمة ينوب قبضه عن قبض الشراء لانه من جنس القبض المستحق بالشرا لكون قبض الشرا مضمونًا بنفسه . مثلاً لو كان الشيء في يد المشتري بغصب او مقبوضًا بعقد فاسد فاشتراه من المالك عقدًا صحيحًا ينوب القبض الاول عن الثاني حتى لو هلك المبيع قبل ان يذهب المشتري الى بيته ويصل اليه او يتمكن من اخذه كان الهلاك عليه اما لو كان المبيع في يد المشتري عاريةً او وديعةً اورهناً ثم اشتراه من مالكهِ لا يصير قابضاً بمجرد العقد لان قبض العارية والوديعة والرهن قبض امانة فلا ينوب عن قبض الشرا لان قبض الشرا مضمون بنفسه ولكن لو فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضاً منه ثم اراد البائع اخذ المبيع ليحبسه بالثمن لم يكن له ذلك اما لو اخذه من بيت المودع قبل ان تصل اليه يد المشتري كان لهُ ذلك ولو كان المبيع بحضرتهما فباعه منه لم يكن للبائع حبسه والحاصل انه اذا تجانس القبضان بان كانا قبض امانة او قبض ضمان ناب احدهما عن الآخر وان اختلفا ناب قبض الضمان عن قبض الامانة ولا ينوب قبض

الامانة عن قبض الضمان فلو اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم تقايلا ثم اشتراه ثانية وهو في يد المشتري صح الشرا ولو باعه من غير المشتري لم يصح ولم يصر قابضاً بنفس العقد حتى لو هلك قبل ان يقبضه هلك بالعقد الاول و بطلت الاقالة والعقد الثاني لان المبيع في يد المشتري بعد الاقالة مضمون بغيره وهو الثمن الاول امانة في نفسه فشابه المرهون فلا ينوب عن قبض الشرا وكذا لو كان الثمن الاخير جنساً آخر سوى الاول ولو اشترى غلاماً بجارية وتقابضا ثم تقايلا ثم اشترى احدهما من صاحبه ما اقاله اياه قبل ان يدفعه اليه حتى جاز الشرا صار المشتري قابضاً له بنفس الشرا حتى لو هلك قبل ان تصل يده اليه هلك على المشتري بالشرا الثاني ولم تبطل الاقالة لان كل واحد منهما بعد الاقالة مضمون على قابضه بالقيمة هذا اذا تقايلا والعبد مع الجارية قائمان اما اذا تقايلا بعد ما هلك العبد بعد التقابض صحت الاقالة ووجب على مشتري العبد قيمته فان اشترى الذي في يده الجارية في هذه الصورة الجارية من بائعها قبل ان يدفعها اليه وليست الجارية بحضرتهما ثم ماتت الجارية بعد الشرا الثاني قبل ان يجدد المشتري لها قبضاً هلكت بالشرا الاول و بطلت الاقالة والشرا الثاني لان الجارية بعد هلاك العبد مضمونة على المشتري بغيرها وهو قيمة العبد ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشرا ولو كانا قائمين بعد الاقالة ثم اشترى كل واحد منهما من صاحبه ما في يده بدراهم ثم هلكا معاً او على التعاقب هلك كل واحد منهما من مال من اشتراه لان كل واحد منهما مضمون بضمان نفسه ولهذا لو هلك احدهما بعد الاقالة قبل الشرا تجب قيمته ولو اشترى جارية بدراهم على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام ثم تقابضا ثم فسخ المشتري البيع بخيار الشرط فلم يردها على البائع حتى اشتراها منه شراء مستقلاً صح وكذلك يصح شرا الاجنبي من البائع قبل قبض البائع فلو هلكت الجارية قبل ان تصل اليها يد المشتري بطل الشرا الثاني وهلكت بحكم الشرا الاول لان المبيع في خيار الشرط بعد الفسخ مضمون على المشتري بغيره وهو الثمن ولو كان الخيار للبائع والمسالة بحالها صح الشرا الثاني واذا هلكت الجارية هلكت بالشرا الثاني والجواب في الرد بخيار الرؤية وبخيار العيب نظير الجواب فيما اذا كان البيع بشرط الخيار للمشتري والاصل في جنس هذه المسائل ان في كل موضع انفسخ البيع بين البائع والمشتري في المنقول بسبب هو فسخ من كل وجه في حق الناس كافة فباعه البائع قبل ان يقبضه من المشتري يصح بيعه باعه من

المشتري او من اجنبي وفي كل موضع انفسخ البيع بينهما بسبب هو فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق غيرهما لو باعه من المشتري يصح ولو باعه من اجنبي لا يصح وهذا اصل كبير حسن اشار اليه محمد في بيوع الجامع (هندية ملخصاً)

﴿المادة ٢٧٧﴾ اذا قبض المشتري المبيع بدون اذن البائع قبل اداآ الثمن لا يعتبر قبضه

وللبائع ان يسترده منه فان خلى المشتري بين المبيع و بين البائع لا يصير البائع قابضاً ما لم يقبضه حقيقةً (خانية) ولو قبض المشتري المبيع بدون اذن بائعه وقبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفاً يلحقه النقض بان باع او وهب كان للبائع ان ينقض تصرفه ويسترد المبيع وان تصرف تصرفاً لا يلحقه الفسخ كالعتق لا يملك البائع استرداده ولو اشترى جارية من رجل ولم ينقد ثمنها حتى قبضها بغير اذن البائع و باعها من رجل بمائة دينار وتقابضا وغاب المشتري الاول وحضر بائعه واراد استرداد الجارية من المشتري الثاني فان اقر المشتري الثاني ان الامر كما وصفه البائع كان للبائع الاول ان يستردها وان كذب المشتري الثاني البائع الاول فيما قال فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب فان حضر وصدق البائع الاول فيما قال لا يصدق عَلَى المشتري الثاني وان كذبه يقال للبائع الاول اقم البينة على ما ادعيت فان اقامها بحضور المشتري الاول والثاني ردها القاضي على البائع الاول وانتقض البيع الثاني الا اذا نقد المشتري الاول الثمن قبل الرد على البائع الاول فحينئذٍ لا يردها القاضي على البائع الاول وان نقد المشتري الاول الثمن بعدما اخذها البائع الاول سلمت الجارية للمشتري الاول ولم يكن للمشتري الثاني عليها سبيل ولو ماتت الجارية في يد المشتري الثاني كان للبائع الاول ان يضمنه قيمتها وتكون القيمة المردودة على البائع قائمة مقام الجارية حتى لو هلكت عند البائع انتقض البيعان ويرجع المشتري الثاني على المشتري الاول بما نقد له من الثمن كما لو هلكت الجارية بعد الاسترداد في يد البائع الاول ولو لم تهلك القيمة في يد البائع حتى نقد المشتري الاول الثمن اخذ القيمة من بائعه ولم يكن للمشتري الثاني على القيمة سبيل كما لم يكن لهُ على الجارية سبيل في مثل هذه الصورة ويرجع المشتري الثاني عَلَى المشتري الاول بالثمن الذي نقده (هندية ملخصاً)

ولكن لو هلك المبيع في يده او تعيب يكون قبضه معتبراً حينئذٍ

ويلزم عند ذلك نقد الثمن للبائع . قال في الهندية اشترى مصراعي باب او خفين او نعلين قبض احدهما بغير اذن البائع ولم يقبض الاخر حتى هلك ما كان عند البائع هلك من مال البائع ولا يجعل قبض احدهما قبضاً للاخر ويتخير المشتري في المقبوض ويجعلان في حق الخيار كشيء واحد ولو احدث المشتري باحدهما عيباً قبل القبض يصير قابضاً لهما جميعاً ولو قبض احدهما فاستهلكه او عيبه صار قابضاً للاخر حتى لو هلك الاخر عند البائع قبل ان يحدث البائع فيه حبساً او منعاً هلك عَلَى المشتري ولو منعه البائع بعد ذلك ثم هلك هلك على البائع حتى سقط من الثمن بحصته ولو جنى البائع على احدهما باذن المشتري صار المشتري قابضاً لهما حتى لو هلكا بعد ذلك هلكا من مال المشتري ولو منع البائع احدهما بعد ذلك او منعهما كان عليه قيمة ما هلك ولو اذن البائع للمشتري في قبض احدهما كان اذناً في قبضهما حتى لو قبضهما ثم استرد البائع احدهما ليحبسه بالثمن صار غاصباً اه

الفصل الثاني

في المواد المتعلقة بحبس المبيع

✻ المادة ٢٧٨ ✻ للبائع في البيع بالثمن الحالّ اعني غير المؤجل ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن .

اي للبائع حبس المبيع لقبض الثمن ولو بقي منه درهم واحد

تتمة : اذا اشترى اثنان شيئاً وغاب احدهما فان كان المبيع قيمياً فللحاضر دفع كل الثمن وقبض كل المبيع ويجبر البائع على ذلك وللحاضر ايضاً حبس المبيع عن شريكه اذا حضر حتى ينقده حصته من الثمن وان كان المبيع مثلياً كالحنطة ونحوها مما يمكن قسمته فللحاضر ان يدفع ما يصيبه من الثمن ويقبض ما يصيبه من المبيع اما لو استاجرا داراً فغاب احد المستاجرين قبل دفع الاجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعاً لا يرجع عَلَى المستاجر الاخر بشي لانه غير مضطر اذ ليس للمؤجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة بخلاف مسألة شراء القيمي المارة اذ للبائع حبس المبيع لاستيفاء كل الثمن (خانية)

﴿ المادة ٢٧٩ ﴾ اذا باع اشياء متعددة صفقة واحدة كان له ان يحبس جميع المبيع حتي يقبض الثمن كله سواء بين لكل منها ثمناً على حدته او لم يبين

قوله اشياء متعددة ليس قيداً احترازياً لانه لو باع شيئاً واحداً فالحكم كذلك بالاولى

قال في الهندية اذا اشترى اشياء مختلفة ونقد بعض الثمن واراد ان يقبض بعض المبيع فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك وان كانت الصفقة متفرقة له ذلك فاذا اشترى من اخر عشرة اثواب كل ثوب بعشرة دراهم ونقد المشتري عشرة دراهم وقال هذه العشرة ثمن هذا الثوب بعينه واراد ان يقبض ذلك الثوب فليس له ذلك لان الصفقة متحدة وكذلك لو ابرأ البائع المشتري من ثمن احد هذه الاثواب بعينه وقال المشتري انا آخذ ذلك الثوب لم يكن له ذلك وكذا لو اخر البائع ثمن ثوب بعينه شهراً لم يكن للمشتري ان يقبض ذلك الثوب وكذا لو ابرأه من جميع الثمن الا درهماً او اخر عنه جميع الثمن الا درهماً وكذا لو وقع الشرا على ان ثمن ثوب منها بعينه حال وثمن الباقية مؤجل لم يكن له ان يقبض شيئاً حتى ينقد الحال وكذا لو كان الثمن مائة وللمشتري على البائع تسعون درهماً فصار ذلك قصاصاً بما وجب على المشتري لم يملك المشتري قبض شيء من الثياب حتى ينقد العشرة وان تعددت الصفقة في هذه المسائل انعكست الاحكام اه

﴿ المادة ٢٨٠ ﴾ اعطاء المشتري رهناً او كفيلاً بالثمن لا يسقط حق البائع بالحبس

﴿ المادة ٢٨١ ﴾ اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط حق حبسه وفي هذه الصورة ليس للبائع ان يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه الى ان يستوفي الثمن

وكذا لو قبضه المشتري بدون اذن البائع فرآه وسكت فقد سقط حق حبسه ايضاً وليس له ان يسترده من المشتري ولكن اذا باع الاب مال طفله وسلم قبل استيفاء الثمن فانه يملك استرداد المبيع ليحبسه لاستيفاء الثمن (هندية) ولكن في

الخلاصة ما يخالفه اذ قال ليس للاب استرداد المبيع ونص المادة ٥١ يؤيد ما في الخلاصة وكذا اطلاق النص هنا بقوله اذا سلم البائع لان لفظ البائع مطلقاً يشمل الاصيل والولي . (وفي الهندية) اشترى باباً فقبضه بغير اذن البائع وسمره بمسامير حديد او كان ثوباً فصبغه او ارضاً فبنى فيها او غرس فللبائع ان ياخذها ويحبسها فان قال البائع انا انزع المسمار واقلع الكرم لتصير الارض كما كانت فان لم يكن في نزعه ضرر فله ان ينزعه وان كان فلا فاذا هلك في يد البائع ضمن البائع قيمة المسمار والصبغ اه

✱ المادة ٢٨٢ ✱ اذا احال البائع انساناً بثمن المبيع وقبل المشتري الحوالة فقد اسقط حق حبسه وفي هذه الصورة يلزم البائع ان يبادر الى تسليم المبيع للمشتري

وكذا لو احال المشتري البائع على رجل بالثمن (در منتقى) وفي الهندية لو اعار البائع المبيع من المشتري او اودعه سقط حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية اه

✱ المادة ٢٨٣ ✱ في بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع بل عليه ان يسلم المبيع للمشتري على ان يقبض الثمن وقت حلول الاجل

لانه لما ارتضى بتاجيل الثمن فقد اسقط حق حبسه للمبيع اما لو كان بعض الثمن مؤجلاً وبعضه معجلاً فللبائع ان يحبس المبيع كله حتى يقبض الثمن الحال (هندية) ووجهه ان حق الحبس لا يقبل التجزؤ لان الجزء معتبر بالكل . وفيها لو كان الثمن مؤجلاً فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الاجل كان له قبضه قبل نقد الثمن وليس للبائع منعه اه

✱ المادة ٢٨٤ ✱ اذا باع حالاً اي معجلاً ثم اجل البائع الثمن سقط حق حبسه للمبيع وعليه حينئذٍ ان يسلم للمشتري على ان يقبض الثمن وقت حلول الاجل

الباب الثالث

في حق مكان التسليم

❋ المادة ٢٨٥ ❋ مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع حيث يوجد وقت العقد . مثلاً لو باع رجل وهو في اسلامبول حنطته التي في تكفور طاغي يلزمهُ تسليم تلك الحنطة في تكفور طاغي وليس عليه ان يسلمها في اسلامبول

❋ المادة ٢٨٦ ❋ اذا كان المشتري لا يعلم وقت العقد اين هو المبيع وعلم به بعد ذلك كان مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء امضاه وقبض المبيع حيث يوجد

❋ المادة ٢٨٧ ❋ اذا بيع مال على ان يسلم في محل كذا لزم تسليمه في ذلك المحل

واما اذا شرط دفع الثمن في محل كذا فلا يعتبر الشرط اذا كان الثمن مما لا حمل لهُ ولا موؤنة وله ان يدفع الثمن للبائع في اي محل وجده وان كان للثمن حمل وموؤنة فالشرط حينئذٍ معتبر (هندية)

الفصل الرابع

في موؤنة التسليم ولوازمه

❋ المادة ٢٨٨ ❋ الموؤنة المتعلقة بالثمن تلزم المشتري فيلزمه وحده اجرة عد النقود ووزنها وما اشبه ذلك

الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء ليرده بعيب الزيافة فان اجرة النقد حينئذٍ

عليه لانه من تمام التسليم وشرط ثبوت الرد اذ لا تثبت زيافة الثمن الا بنقده (رد محتار)

❊ المادة ٢٨٩ ❊ المؤنة المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده فاجرة الكيال للمكيلات والوزان للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده

وكذا قطع الثمر ان باعه على شجره وزناً اما اذا باعه مجازفة فيأتي حكمه في المادة الاتية ولو باع حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالكدس والدوس والتذرية ودفعها الى المشتري هو المختار والتبن للبائع (هندية ملخصاً) وفيها لو اشترى الحنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع ايضاً هو المختار اهـ. واما اجرة الدلال فان باع بنفسه فاجرته على البائع وان باع المالك فيعتبر العرف فتجب الاجرة على البائع او على المشتري او عليهما بحسب العرف (جامع الفصولين) ولو باع الدلال مالاً بدون اذن صاحبه فاجاز صاحبه البيع فليس للدلال اجرة (طحطاوي)

❊ المادة ٢٩٠ ❊ الاشياء المبيعة جزافاً مؤنتها ومصاريفها على المشتري. مثلاً لو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت اجرة قطع تلك الثمرة وجذها على المشتري وكذا لو بيع مخزن حنطة مجازفة فاجرة اخراج الحنطة من المخزن ونقلها على المشتري

وكذا اخراج الحنطة من السفينة وقلع المغيب في الارض كالثوم والبصل والجزر اذا بيعت مجازفة كل ذلك على المشتري اما اذا بيعت مكايلة او موازنة فمؤنة القلع على البائع (رد محتار)

❊ المادة ٢٩١ ❊ ما يباع محمولاً على الحيوان كالحطب والفحم تكون اجرة نقله وايصاله الى بيت المشتري على حسب عرف البلدة وعادتها

وعلى هذا لو اشترى حطباً فغصبه غاصب حال نقله الى منزله فعلى البائع اذا كان العرف يقضي عليه ان يسلمه في منزل المشتري والا فعلى المشتري

❊ المادة ٢٩٢ ❊ اجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري ولكن يلزم البائع تقرير البيع والاشهاد عليه في المحكمة

فاذا امتنع يرفع المشتري الامر الى الحاكم فان اقر البائع بين يديهِ كتب سجلاً واشهد عليهِ (رد محتار) وفي الهندية لا يجبر البائع على دفع الصك القديم ولكن يؤمر باحضار الصك حتى ينسخ من تلك النسخة فيكون حجة في يد المشتري والصك القديم في يد البائع حجة له ايضاً ولكن ان ابى البائع ان يعرض الصك القديم ليكتب المشتري من ذلك صكاً هل يجبر البائع عَلى ذلك قال الفقيه ابو جعفر انه يجبراه

الفصل الخامس

في بيان المواد المترتبة عَلى هلاك المبيع

﴿المادة ٢٩٣﴾ اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضهُ المشتري يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري

اي اذا هلك المبيع قبل القبض بفعل البائع او بآفة سماوية او بفعل نفسه كما اذا كان حيواناً فقتل نفسه او اتلف بعضه البعض الاخر بطل البيع ورجع المشتري بالثمن ان كان قد دفعه الى البائع وان كان بالثمن كفيل باذن المشتري وكان الكفيل قد ادى الثمن ثم هلك المبيع قبل القبض فان الكفيل يرجع على المشتري لا على البائع ثم يرجع المشتري على البائع (خانية) وان هلك المبيع بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقاً او بشرط الخيار له وان كان البيع فاسداً او بشرط الخيار للبائع لزم المشتري ضمان مثل المبيع ان مثلياً او قيمته ان قيمياً وان هلك المبيع بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء امضى البيع ونقد الثمن ورجع عَلى الجاني وان شاء فسخ فيضمن الجاني حينئذ للبائع قيمة المبيع (در منتقى) واما اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فيسقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر او نقصان وصف وخير المشتري بين الفسخ والامضا وان بفعل اجنبي فالجواب فيه كالجواب في هلاك كل المبيع وان بافة سماوية او بفعل المبيع ان كان نقصان قدر طرح عن المشتري حصة الفائت من الثمن وله الخيار في الباقي وان نقصان وصف لا يسقط شيء من الثمن لكنه يخير المشتري بين الاخذ بكل الثمن او الترك. والوصف ما يدخل في البيع بلا

ذكر كالاشجار والبنا في الارض والاطراف في الحيوان والجودة في الكيلي والوزني (رد محتار ملخصاً) وان هلك بعض المبيع بفعل المشتري صار قابضاً للهالك باستهلاكه وللباقي بنصيبه فلو هلك في يد البائع هلك عَلَى المشتري الا ان يحبسه البائع لقبض الثمن فيهلك عليه

فرع : رجل معه قفيزان من الحنطة فباع قفيزاً من رجل بدرهم ولم يسلمه حتى باع قفيزاً منها من اخر ثم هلك احد القفيزين فالمشتريان بالخيار ان شاء اخذ كل واحد منهما نصف القفيز الباقي بنصف الثمن وان شاءا تركا وان ترك احدهما نصيبه فليس للاخر ان ياخذ القفيز كله الا ان يشاء البائع (هندية)

﴿المادة ٢٩٤﴾ اذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع

ولكن لو اشترى ثوباً ولم يقبضهُ ولم ينقد الثمن فقال للبائع لا ائتمنك عليه ادفعه الى فلان فيكون عنده حتى ادفع اليك الثمن فدفعه البائع الى فلان فهلك عنده كان الهلاك على البائع لان المدفوع اليه يمسكه بالثمن لاجل البائع فتكون يده كيد البائع (هندية) وفي الخانية اشترى شيئاً فنقد بعض الثمن ثم قال للبائع تركته رهناً عندك ببقية الثمن او قال تركته وديعة عندك لا يكون ذلك قبضاً فان هلك المبيع هلك على البائع اه

﴿المادة ٢٩٥﴾ اذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلساً قبل نقد الثمن فليس للبائع استرداد المبيع بل يكون اسوة للغرماء

هذا اذا قبضه باذن البائع لان حق حبس المبيع سقط بقبض المشتري انظر المادة ٢٨١ واما اذا كان المشتري قد قبضه بلا اذن البائع فللبائع استرداد المبيع وحبسه حتى يصل له الثمن تماماً انظر المادة الاتية والمادة ٢٧٧

﴿المادة ٢٩٦﴾ اذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع واداء الثمن كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن من تركة المشتري وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيفي دين البائع بتمامه اذا كان بالثمن وفاء

بالدين ويعطي الغرماء بمازاد وان بيع بانقص من الثمن الاصلي اخذ البائع الثمن الذي بيع به ويكون في الباقي كالغرماء

وليس للبائع ان ياخذ المبيع اذ لا وجه لذلك لان المشتري ملكه وانتقل بعد موته الى ورثته وتعلق به حق غرمائه وانما كان البائع احق من سائر الغرما لانه كان له حق حبس المبيع الى قبض الثمن في حياة المشتري فكذا بعد موته (رد محتار)

﴿ المادة ٢٩٧ ﴾ اذا قبض البائع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع الى المشتري كان المبيع امانة في يد البائع وفي هذه الصورة ياخذ المشتري المبيع ولا يزاحمه باقي الغرماء

لانه ليس للبائع حق حبس المبيع في حياته بل للمشتري ان يجبره على تسليمه ما دامت عينه باقية فيكون له اخذه بعد موت البائع ايضاً اذ لا حق للغرما فيه بوجه لانه امانة عند البائع وان كان مضموناً بالثمن لو هلك عنده (رد محتار)

الفصل السادس

فيما يتعلق بسوم الشراء وسوم النظر

﴿ المادة ٢٩٨ ﴾ ما قبضه المشتري على سوم الشرا وهو ان ياخذ المشتري من البائع مالاً ليشتريه مع تسمية الثمن

من الجانبين حقيقةً او حكماً على ما قاله الطرسوسي والمقدسي اما الاول فظاهر واما الثاني فبان يسمي احدهما ثمناً ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به قال في رد المحتار وبيان ذلك ان المساوم انما يلزمه الضمان اذا رضي باخذه بالثمن المسمى على وجه الشرا فاذا سمى البائع الثمن وتسلم المساوم الثوب على وجه الشرا يكون راضياً بذلك كما انه اذا سمي هو الثمن وسلم البائع الثوب يكون راضياً بذلك فكأن التسمية صدرت منهما معاً بخلاف ما اذا اخذه على وجه النظر لانه لا يكون ذلك رضا بالشرا بالثمن المسمى . وفي القنية اخذ منه ثوباً وقال ان رضيته اشتريته فضاع فلا شيء عليه وان

قال ان رضيته اخذته بعشرة فعليه قيمته ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى انظر اليه وقبضه على ذلك وضاع لا يلزمه شيء اه . قلت ووجهه انه في الاولى لم يذكر الثمن من احد الطرفين فلم يصح كونه مقبوضاً عَلَى وجه الشرا وان صرح المساوم بالشرا وفي الثانية لما صرح بالثمن عَلَى وجه الشرا صار مضموناً وفي الثالثة وان صرح البائع بالثمن لكن المساوم قبضه على وجه النظر لا على وجه الشرا فلم يكن مضموناً اه ملخصاً

اذا هلك او ضاع في يده فان كان من القيميات لزمتهُ قيمتهُ وان كان من المثليات لزمهُ اداء مثله للبائع

هذا اذا هلك المبيع اتفاقاً اما لو استهلكهُ المشتري فيلزمه الثمن لا القيمة كما حققه الطرسوسي وعللهُ في المحيط بانه لو استهلكهُ المشتري صار راضياً بالمبيع بالثمن غير انه اذا استهلكهُ وارث المشتري فتجب عليه قيمته ان قيمياً ومثله ان مثلياً والفرق بين استهلاك المشتري ووارثه ان العاقد هو المشتري فاذا استهلكهُ كان راضياً بامضاء عقد الشرا بالثمن المذكور بخلاف ما استهلكهُ وارثهُ لان الوارث غير العاقد بل العقد انفسخ بموت المشتري فبقي امانة في يد الوارث فتلزمه القيمة دون الثمن (رد محتار) ثم قال ورأيت الطرسوسي نقل عن المنتقى ما يفيد ذلك وهو قوله ولو قال البائع رجعت عما قلت او مات احدهما قبل ان يقول المشتري رضيت انتقض جهة البيع فان استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته وان هلك فلا ضمان اه اي لانه امانة

تنبيه : متى وجبت القيمة تجب بالغة ما بلغت خلافاً لمن قال انه ينبغي ان لا تجاوز الثمن المسمى (در مختار)

فروع : اذا كان المقبوض على سوم الشرا جملة اشيا وهلكت فالاول منها فقط مضمون بالقيمة وما سواه امانة فلا يضمن . قال في الخانية طلب منه ثوباً ليشتريه فاعطاه ثلاثة اثواب وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فاحملها فاي ثوب ترضى به بعته منك فحمل فهلكت عند المشتري فان هلكت جملةً او متعاقباً ولا يدرى الاول وما بعده ضمن ثلث الكل وان عرف الاول لزمه ذلك الثوب والثوبان امانة . وان هلك اثنان ولا يعلم ايهما الاول ضمن نصف كل منهما ورد

الثالث لانه امانة وان نقص الثالث ثلثه او ربعه لا يضمن النقصان وان هلك واحد فقط لزمه ثمنهُ ويرد الثوبين ولو هلكت الاثواب متعاقبة واختلف البائع والمشتري في الهالك اولاً فالقول للمشتري بيمينهِ لانه قابض وبينة البائع اولى اهـ. وفيها الوكيل بالشرا اذا اخذ الثوب على سوم الشرا فاراه الموكل فلم يرضَ به ورده عليه ثم هلك عند الوكيل ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل الا ان يأمره الموكل بالاخذ على سوم الشرا فحينئذٍ اذا ضمن الوكيل يرجع على موكلهِ اهـ. اذا شرط عدم الضمان في المقبوض على سوم الشرا فالشرط باطل فلو اخذ شيئاً على سوم الشرا ثم قال له البائع ان هلك فلا ضمان عليك بعد ما اتفقا على الثمن فهلك يضمن وكذا لو استباع قوساً بعد ما اتفقا عَلَى الثمن فقال له البائع مد القوس وان انكسر فلا ضمان عليك فمده فانكسر ضمن المشتري قيمته (خانية). بعث رسولاً الى بزاز ان ابعث اليَّ بثوب كذا فبعث له البزاز مع رسوله او مع غيره فضاع الثوب قبل ان يصل الى الآمر وتصادقوا عَلَى ذلك فلا ضمان على الرسول وبعد ذلك ان كان هو رسول الآمر فالضمان عَلَى الآمر وان كان رسول رب الثوب فلا ضمان على الآمر حتى يصل اليه الثوب (هندية)

اما اذا اخذه بدون ان يبين ويسمي لهُ ثمناً كان ذلك المال امانة في يد المشتري فلا يضمن اذا هلك او ضاع بلا تعدٍ. مثلاً لو قال البائع للمشتري ثمن هذه الدابة الف قرش اذهب بها فان اعجبتك اشترها فاخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها فهلكت الدابة في يده لزمهُ اداء قيمتها للبائع اما اذا لم يبين الثمن بل قال البائع للمشتري خذها فان اعجبتك تشتريها واخذها المشتري على انه اذا اعجبتهُ يقاولهُ على الثمن ويشتريها فبهذه الصورة اذا هلكت في يد المشتري بلا تعدٍ لا يضمن

واما اذا هلكت بتعديهِ فيضمن قيمتها. وفي الهندية رجل دفع سلعةً الى منادٍ ينادي عليها فطلبت من المنادي بدراهم معلومة فوضعها عند الذي طلبها منهُ ثم قالَ الطالب ضاعت مني او وقعت مني فعليه قيمتها ولا شيء عَلَى المنادي وهذا اذا كان

مأذونًا لهُ في الدفع الى من يريد شراها قبل البيع وان لم يكن مأذونًا لهُ في ذلك كان ضامنًا ولو اشترى شيئًا فاعطاه البائع غير المبيع غلطًا فهلك ضمن القيمة لانه قبضه على جهة البيع وهو سوم ولو قال لغلامه اقبض فقبض غلطاً لم يضمن اه

﴿المادة ٢٩٩﴾ ما يقبض على سوم النظر وهو ان يقبض مالاً لينظر اليه او يريه لاخر سواء بيّن ثمنه او لا يكون امانة في يد القابض فلا يضمن اذا هلك او ضاع بلا تعدٍ

وكذا لو اخذ من رجل ثوبًا وقال اذهب به فان رضيته اشتريته فذهب به وضاع الثوب فلا شيء عليه (هندية) ووجهه انه امانة في يده فلو تعدى عليه ضمنه وفي الخانية ساوم رجلاً بقدح بقوله ارني قدحك هذا فدفعه اليه فنظر اليه الرجل فوقع منهُ على اقداح لصاحب الزجاج فانكسر القدح والاقداح فلا يضمن القدح لانه امانة ويضمن الاقداح لانه اتلفها بغير اذنه اه

الباب السادس

في بيان الخيارات وفيه سبعة فصول

الفصل الاول

في بيان خيار الشرط

اضافة الخيار الى الشرط من قبيل اضافة الشيء الى سببه لان الشرط سبب للخيار (طحطاوي) ويجوز شرط الخيار سواء كان العقد فاسداً او صحيحًا في لازم يحتمل الفسخ قبل تمامه بالقبول او بعده بتراضي العاقدين قصداً كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن مال والرهن لو شرط للراهن لا للمرتهن والفرق ان الرهن في جانب الراهن لازم يحتمل الفسخ بخلاف المرتهن فان العقد من جانبه غير لازم اصلاً وكالمزارعة والمساقاة والكفالة والحوالة اذا شرط للمحتال او للمحال عليه والوقف في غير المسجد ولو فيه صح الوقف وبطل الخيار وكالاقالة وتسليم الشفعة بعد الطلبين ولا يجوز شرط الخيار في الصرف والسلم والابراء والوكالة والوصية والاقرار

بعقد يقبل خيار الشرط فيصح باعتبار العقد اذا برهن او صدقه الخصم اه ملخصاً عن الدر المختار وحاشيته للطحطاوي وخيار الشرط يمنع ابتدا الحكم (درر)

﴿المادة ٣٠٠﴾ يجوز ان يشرط الخيار بفسخ البيع او اجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري او لاحدهما دون الآخر

في مبيع كله او بعضه كثلثه او ربعه (تنوير) ولو باع عبداً ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما كان جائزاً وهو بمعنى شرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضموناً عليه بالقيمة (هندية) ولو باع كرماً على انه بالخيار ثلاثة ايام على ان ياكل من ثمره لا يجوز البيع (خانية) وان كانت المدة غير معلومة كان البيع فاسداً غير انه ينقلب صحيحاً اذا عينها العاقدان قبل تفرق المجلس لزوال المفسد قبل تقرره (در منتقى) وكما يصح شرط الخيار للعاقدين او لاحدهما يصح ايضاً لغيرهما كما اذا اشترى شيئاً بشرط الخيار لفلان صح وكان الخيار له ولفلان فان اجاز احدهما او نقض صح ان وافقه الآخر وان اجاز احدهما ونقض الآخر فالاسبق اولى ولو كانا معاً فالفسخ احق على الاصح (خانية وملتقى) لان المجاز يفسخ والمفسوخ لا يجاز (در مختار) وصح ايضاً شرط الخيار للوصي والوكيل والمضارب والشريك ولمن عاقدهم (هندية) فلو وكله بالبيع مطلقاً فباعه بالخيار له او للموكل او لاجنبي صح ولو وكله بان يبيع بالخيار للموكل فشرط الخيار لنفسه لا يجوز ولو وكله بان يشتري له شيئاً بالخيار للموكل فاشتراه بدون الخيار نفذ الشرا للوكيل بخلاف ما اذا امره ان يبيع بالخيار فباعه باتاً حيث يبطل اصلاً والفرق ان الشرا متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المامور بخلاف البيع (رد محتار) ولو وكله بان يبيع بالخيار للموكل فامتثل بان شرط الخيار للآمر ثبت الخيار لهما فايهما اجاز او نقض صح غير ان المامور ان اجاز بطل خياره وبقي الآخر على خياره ويكون الباقي خيار الاجازة حتى لا يتوقت بمدة وكذا لو امره بالبيع مطلقاً او بشرط الخيار لنفسه فباع وشرط الخيار للآمر او لاجنبي ثبت الخيار لهما لان اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط لنفسه (هندية)

يصح شرط الخيار سواء كان للعاقدين او لاحدهما او لاجنبي في صلب العقد وبعده لا قبله (در منتقى) فلو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ثم اشترى مطلقاً لم يثبت الخيار (رد محتار) ولو باع من آخر شيئاً وقبض المشتري المبيع ومضت

ايام فقال البائع للمشتري انت بالخيار فله الخيار ما دام في المجلس لان هذا بمنزلة قوله لك الاقالة ولو قال انت بالخيار ثلاثة ايام فهو كما سمى وهو الصحيح (خانية) . ولو كان المبيع متعدداً وشرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن صح كقوله بعتك هذين الفرسين بالفين كل واحد بالف على اني بالخيار في هذا مدة كذا صح واما لو فصل ولم يعين كقوله بعتك هذين الفرسين كل واحد بالف على اني بالخيار في احدهما او عين ولم يفصل كقوله بعتك هذين الفرسين بالفين على اني بالخيار في هذا فلا يصح لجهالة المبيع في الصورة الاولى وجهالة الثمن في الصورة الثانية واذا لم يعين ولم يفصل كقوله بعتك هذين الفرسين بالفين على اني بالخيار في احدهما فلا يصح بالاولى لجهالة المبيع والثمن (در منتقى ملخصاً)

﴿المادة ٣٠١﴾ كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيراً بفسخ البيع في المدة المعينة للخيار

وكما انه يكون مخيراً في فسخ البيع يكون ايضاً مخيراً في اجازته الا في مسالة واحدة وهي ما لو باع وصي اليتيم غلاماً لليتيم قيمته الف درهم بالف درهم على ان الوصي بالخيار فازدادت قيمة العبد في مدة الخيار فصارت الفي درهم فليس للوصي ان ينفذ البيع وهو قول الامام وابي يوسف (هندية) . ثم ان من له الخيار لو اراد الاجازة له ان يجيز بدون علم العاقد الآخر اجماعاً سواء كانت الاجازة بالقول او بالفعل وله ان يفسخ ايضاً بدون علمه اتفاقاً اذا كان الفسخ بالفعل واما اذا كان بالقول فلا يفسخ الا بعلمه في المدة فاذا لم يعلم فيها لزم العقد (در منتقى ملخصاً) وفي الهندية لو اشترى الاب او الوصي شيئاً للصبي بدين في الذمة وشرط الخيار ثم بلغ الصبي فاجاز الاب او الوصي جاز العقد عليهما والصبي بالخيار ان شاء فسخ وان شاء اجاز فان اجاز يتم البيع في حقه وان فسخ زال حقه فيصح الشرا في حق الاب والوصي لوجود الاجازة فان لم يجز الصبي شيئاً حتى مات الوصي بعد ما رضي بالبيع او قبل ذلك فاليتيم على خياره فان لم يمت الوصي ومات العبد في يده في وقت الخيار او بعد مضيه او مات اليتيم في وقت الخيار قبل رضى الوصي او بعده فالشرا لازم للمشتري اهـ . خيار الشرط يمنع تمام الصفقة فاذا كان الخيار للبائع او للمشتري والمبيع شيء او اشياء لم يكن له ان يجيز العقد في البعض دون البعض سواء كان المبيع مقبوضاً او لا لانه تفريق الصفقة

قبل التمام وانهُ لا يجوز بخلاف ما بعد التمام حيث يجوز التفريق ولو كان الخيار للبائع والمبيع مقبوض فهلك بعضه او استهلكه انسان فللبائع ان يجيز البيع في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو هلك بعض المبيع في يد البائع لم يكن لهُ ان يلزم المشتري الباقي الا برضاه اه وفي الخانية لو باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات احدهما اوِ استحق لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا عَلَى اجازتهِ لان البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق الحكم فاذا هلك احدهما كانت الاجازة في الباقي بمنزلة ابتداء العقد بالحصة فلا يجوز اه

✵المادة ٣٠٢✵ فسخ البيع واجازته في مدة الخيار كما يكون بالقول يكون بالفعل ايضاً

✵المادة ٣٠٣✵ الاجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كاجزت ورضيت والفسخ القولي هو كل لفظ يدل على عدم الرضى كفسخت وتركت

✵المادة ٣٠٤✵ الاجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضى

كالتصرف الذي لا ينفذ الا في الملك مثل الرهن والاجارة ولو بلا تسليم في الاصح (در مختار) والهبة مع التسليم والبيع وسقي الارض المبيعة وحصد زرعها وطلب الشفعة بها وان لم يأخذها صورته ان يشتري داراً بشرط الخيار ثم تباع دار بجوارها فيطلب الشفعة بسبب الدار التي اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع وعرض المبيع للبيع او ترميمه اذا كان بناء والبناء فيه وتطيينه وهدمه وحلب البقرة وبزغ الدابة وركوبها اكثر من مرة واما قص حوافرها فليس باجازة (رد محتار) ولو كان الخيار للبائع فدفع المبيع الى المشتري لا يبطل خياره واما لو وهبهُ الثمن او ابرأه منه او اشترى به شيئاً من المشتري صح كل ذلك وبطل خياره (خانية) ومما يسقط به الخيار ويتم البيع به ما اذا زاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والانجلا بياض العين (در منتقى) اما الزيادة المتصلة غير المتولدة منه كالصبغ والخياطة والبناء والغرس في الارض فانه مانع من الرد اجماعاً وكذا اذا كانت الزيادة منفصلة متولدة كالولد واللبن والصوف فانها تمنع الرد ايضاً والمنفصلة غير

المتولدة كالغلة والكسب لا تمنعه اتفاقاً فاذا اختار المشتري البيع فالزيادة له مع الاصل اجماعاً وان اختار الفسخ يرد الاصل مع الزيادة عند ابي حنيفة وعندهما يرد الاصل لا غير والزوائد للمشتري (هندية) والاصح قولهما كما سيأتي في شرح المادة ٣٠٩ وفي الهندية ايضاً لو كان الخيار للمشتري والمبيع دابة فركبها المشتري لينظر الى سيرها او قوتها فهو عَلَى خياره فاذا زاد في الركوب عَلَى ما يعرف به فهو رضا وسقط خياره كما لو ركبها لحاجة ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة اخرى ان ركبها لمعرفة سير آخر غير الاول بان ركبها اولاً ليعرف انها هملاج ثم ركبها ثانياً ليعرف سرعة عدوها فهو عَلَى خياره ولو كان المبيع ارضاً فسقى من نهرها دوابه او شرب لنفسه لا يسقط خياره لانه مباح ولو سقى من نهرها ارضاً اخرى فهو رضا بخلاف ما لو سقى اجنبي بغير علمه ولو رعت ماشية المشتري الكلاء سقط خياره ولو كان المبيع داراً فسكنها المشتري او اسكن غيره باجر او بغير اجر فهو امضاء للبيع ولو سقط منها حائط بغير صنع احد يسقط الخيار ولو اشترى داراً بالخيار وفيها ساكن باجر فاجاز البيع فاستأدى المشتري منه الغلة فهو رضا والمشتري بالخيار اذا باع بشرط الخيار بطل خياره على الصحيح اه ملخصاً

والفسخ الفعلي هو كل فعلٍ يدل على عدم الرضى

كما اذا كان الخيار للبائع فتصرف في المبيع تصرفاً لا ينفذ الا في الملك كالتصرفات التي اوردناها في شرح الفقرة السابقة يستثنى منها طلب الشفعة فقط فانهُ لو كان الخيار للبائع فطلب الشفعة بسبب الدار التي باعها بالخيار يبقى خياره لان ملكه باقٍ بخياره بخلاف المشتري لانهُ لاملك لهُ مع خياره فطلبه الشفعة دليل على التملك (رد محتار)

مثلاً لو كان الخيار للمشتري فتصرف في المبيع تصرف الملاك كأن عرضه للبيع او رهنه او آجره كان ذلك اجازة فعلية يلزم بها البيع واذا كان الخيار للبائع فتصرف في المبيع على هذا الوجه كان فسخاً فعلياً للبيع

وكذا لو كان المبيع رحى فطحن فيهِ البائع كان فسخاً وان طحن المشتري ليعرف مقدار الطحن لا يسقط خياره وان زاد عَلَى ذلك يسقط وما زاد على يوم وليلة كثير وما دونهُ قليل لا يبطل الخيار (هندية)

﴿ المادة ٣٠٥ ﴾ اذامضت مدة الخيار ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع وتم

فان اغمي عليه او جن او نام او سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة الصحيح انه يسقط خياره (مجمع الانهر) واذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع سواء كان الخيار للبائع او للمشتري او لهما جميعاً وان هلك بعد القبض فان كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع لان المبيع صار بحال لا يحتمل انشاء العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فينفسخ العقد ضرورة ويلزم المشتري القيمة ان كان المبيع قيمياً والمثل ان كان مثلياً وان كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع بل يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن ولو استهلك المبيع اجنبي والخيار للبائع لا ينفسخ البيع والبائع على خياره سواء كان المبيع في يده او في يد المشتري فان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان وكذلك لو استهلكه المشتري ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء اجازه واتبعه بالثمن ولو تعيب المبيع في يد البائع فان كان بآفة سماوية او بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه فان اجاز فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ المبيع بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض وان كان بفعل البائع بطل البيع وان كان بفعل اجنبي لم يبطل البيع وهو على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالارش وان شاء اجاز واتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء اجاز واتبعه بالثمن وكذلك اذا تعيب المبيع في يد المشتري بفعله او بفعل اجنبي او بآفة سماوية فالبائع على خياره ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخه فان اجاز اخذ من المشتري جميع الثمن غير انه اذا كان التعييب بفعل اجنبي فللمشتري ان يتبع الجاني بالارش وان فسخ فان كان التعييب بفعل المشتري او بآفة سماوية فالبائع ياخذ الباقي وارش الجناية من المشتري وان كان التعييب بفعل اجنبي فالبائع بالخيار ان شاء اتبع الجاني بالارش وان شاء اتبع المشتري وهو يرجع بما ضمن على الاجنبي وان كان الخيار للمشتري والمبيع قائم فحدث فيه عيب لا يرتفع لزم العقد وبطل الخيار سواء كان بفعل البائع او بغير فعله وهذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض فالمشتري على خياره ان شاء

فسخ وان شاء اجاز وليس له ان يفسخ الا ان يرتفع العيب في مدة الخيار فان مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع . ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع وقال نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرده حتى مضت المدة كان له ان يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه (هندية ملخصاً)

﴿ المادة ٣٠٦ ﴾ خيار الشرط لا يورث

لانه ليس الا مجرد ارادة ومشيئة وهذا وصف لصاحب الخيار فلا يمكن انتقاله الى الوارث لا بطريق الارث ولا بطريق الخلافة ومثله خيار الرؤية والتغرير (درر)

فاذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع واذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار

ولو كان الخيار لهما فمات احدهما لزم البيع من جهته والاخر على خياره فان امضى العقد مضى وان فسخه انفسخ (رد محتار) . واذا باع الوكيل او الوصي بالخيار او باع المالك بالخيار لغيره فمات الوكيل او الوصي او الموكل او الصبي او المالك او من شرط له الخيار تم البيع في كل ذلك لان لكل منهم حقاً في الخيار (جامع الفصولين)

﴿ المادة ٣٠٧ ﴾ اذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فايهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع

ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر انفسخ البيع ايضاً سواء سبق الفسخ او الاجازة او كانا معاً ولا عبرة للاجازة مع الفسخ بكل حال (درر) وفي الهندية اشترى من اخر عبداً بالف درهم وهما بالخيار فقال البائع اجزت البيع بمحضر من المشتري وقال المشتري بعد ذلك فسخت البيع بحضرة البائع فالبيع ينفسخ فان هلك العبد في يد المشتري قبل ان يرده في مدة الخيار او بعدها فعلى المشتري الثمن من قبل ان البائع قد الزم البيع وصار المشتري بالخيار دون البائع ولو اصابه عيب قبل هذه المقالة او بعدها فهو سواء وعليه الثمن ولا يستطيع رده بعد العيب وان بدا المشتري ففسخ العقد ثم ان البائع اجاز البيع ثم هلك العبد فعلى المشتري قيمته وكذلك لو اصابه عيب نقصه بعد هذه المقالة فالبيع منتقض يرد المشتري المبيع ويرد نقصان العيب ولو اصاب

العيب المبيع قبل ان يفسخ المشتري البيع ثم اجازه البائع فالبيع لازم للمشتري وعليه الثمن اه٠وفيها اذا كان الخيار للبائع او للمشتري فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل ان يقبضه البائع فعلى المشتري الثمن اذا كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع اه

وايهما اجاز سقط خياره فقط و بقي الخيار للاخر الى انتهاء المدة

فان اجاز الاخر ايضاً في اثناء المدة تم البيع وان لم يوجد منهما اجازة ولا فسخ حتى مضت المدة لزم البيع ايضاً انظر المادة ٣٠٥

﴿المادة ٣٠٨﴾ اذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه بل يبقى معدوداً من جملة امواله

لان خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم وعليه لو هلك المبيع في يد البائع سواء كان بفعله او بآفة سماوية او بفعل المبيع انفسخ البيع ولا شي على المشتري وان تعيب المبيع في يد البائع فهو عَلَى خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضموناً عليه ولكن يخير المشتري ان شاء اخذه بكل الثمن وان شاء فسخ واذا كان العيب بفعل البائع ينقص المبيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه وتسقط به حصته من الثمن (رد محتار)

فاذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه لا يلزمه الثمن المسمى بل يلزمه اداء قيمته للبائع يوم قبضه

ان كان قيمياً ومثله ان كان مثلياً هذا اذا هلك المبيع او تعيب قبل مضي مدة الخيار او بعد ما فسخ البائع البيع ٠واما اذا تلف او تعيب بعيب لا يزول بعد المدة فانه يهلك بالثمن لسقوط الخيار بمضيها (رد محتار) راجع المادة ٣٠٥ وفي الهندية لو كان الخيار للبائع فسلم المبيع الى المشتري ثم ان المشتري اودعه البائع في مدة الخيار فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده يبطل البيع اه ٠ ولو باع ارضاً على انه بالخيار وتقابضا ثم ان البائع نقض البيع في مدة الخيار تبقى الارض مضمونة بالقيمة عَلَى المشتري وله ان يحبسها لاستيفا الثمن الذي دفعه الى البائع فان اذنه البائع بعد ذلك في زراعة هذه الارض سنة فزرعها تصير الارض امانة في يد المشتري وللبائع ان

ياخذها منه متى شاء قبل ان يؤدي ما عليه من الثمن ولا يكون للمشتري ان يحبسها لاستيفاء الثمن الذي كان على البائع (خانية) وان كان المشتري زرع الارض كان له ان يمسكها باجر المثل ويمنع البائع عنها الى ان يستحصد الزرع وان اراد المشتري بعد ما زرعها ان يمنع الارض من البائع حتى يسترد الثمن ليس له ذلك وان ابى المشتري ان تكون الارض في يده باجر المثل الى وقت الادراك وكره قلع الزرع ايضاً واراد تضمين رب الارض الزرع كان له ذلك اذا كان قد اذن له في زرعها الى ان يدرك الزرع الا الى ان يرضى البائع بترك الزرع فيها حتى يستحصد بغير شي (هندية)

﴿المادة ٣٠٩﴾ اذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكاً للمشتري

هذا على قول الامامين خلافاً للامام الاعظم فانه قال ان المبيع يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وحجته ان الثمن لم يخرج عن ملكه فلو دخل المبيع في ملكه ايضاً لاجتمع البدلان في ملك واحد حكماً للمعاوضة ولا نظير له في الشرع وللامامين ان المبيع خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري لكان ملكاً بلا مالك ولا نظير له في الشرع (درر) و يبتنى على هذا الاصل المختلف فيه مسائل منها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عنده فهلك في يد البائع في المدة او بعدها فهو على البائع عند الامام ولا شيء على المشتري لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك فلا يثبت الايداع وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه ملكه فصار مودعاً ملك نفسه فهلاكه في يد المودع كهلاكه في يده . ومنها اذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عند الامام لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما ترد على المشتري لانها حدثت على ملكه (مجمع الانهر) . قلت وحيث تبين من نص المادة ٣٠٩ ان المجلة رجحت قول الامامين في الاصل المذكور فينبغي ترجيح قولها ايضاً في المسائل المتفرعة عنه فتنبه

فاذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه يلزمه اداء ثمنه المسمى للبائع وكذا اذا تعيب المبيع في يد المشتري بعيب لا يرتفع اي فيلزمه الثمن ايضاً (در مختار) ولو كان الخيار العاقدين جميعاً لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن

عن ملك المشتري وتصرف كل منهما في بدل ملكه باطل (در منتقى) ولكن ان تصرف البائع بالمبيع جاز وكان فسخاً وان تصرف المشتري بالثمن جاز ايضاً ان كان عيناً واي من المبيع والثمن هلك قبل التسليم بطل البيع وان هلك بعده بطل ايضاً ووجبت قيمتهُ (رد محتار)

فروع : لو جاء المشتري بالمبيع ليرده بخيار الشرط فانكر البائع كون المردود هو المبيع فالقول للمشتري بيمينه لانه قابض والقول للقابض ضميناً كان او اميناً كالمودع والغاصب (در مختار) . ولو كان المبيع غير مقبوض فاراد المشتري اجازة العقد في عين في يد البائع فقال البائع ما بعتك هذا وقال المشتري لا بل بعتني هذا فان كان الخيار للمشتري كان القول للبائع وان كان الخيار للبائع فالقول للمشتري (هندية) . اذا اشترى رجلان شيئاً على انهما بالخيار مدة معلومة ففسخ احدهما في اثناء المدة لا يقدر الاخر عَلَى الاجازة ولو اجاز احدهما البيع صريحاً او دلالةً ليس للاخر ان يرده بل يبطل خياره وكذا الحكم في خيار الرؤية والعيب وكذا لو اشترى رجل شيئاً من رجلين صفقة واحدة على انهما بالخيار مدة معلومة فرضي احدهما بالبيع سقط خيار الاخر واضحى البيع لازماً ولو فسخ احدهما في اثناء المدة انفسخ ولا يقدر الاخر عَلَى الاجازة (در منتقى)

الفصل الثاني

في بيان خيار الوصف

﴿المادة ٣١٠﴾ اذا باع مالاً بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا الخيار خيار الوصف . مثلاً لو باع بقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً وكذا لو باع فصاً ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر اصفر يخير المشتري

وكذا لو اشترى فرساً على انها معنقية الجنس ثم ظهر انها من جنس اخر او عَلَى

انها من نسل خيل فلان لفرس مشهورة ثم تبين غير ذلك كان المشتري مخيراً في الصورتين (حامدية) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط و يثبت بفواته الخيار للمشتري فان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ المبيع بكل الثمن المسمى وليس له ان ينقص الثمن لان الاوصاف ما لم تكن مقصودة لا يقابلها شيء من الثمن (در منتقى) كما لو اشترى ارضاً عَلَى ان فيها كذا وكذا بيتاً او نخلة فوجدها ناقصة جاز البيع وخير المشتري ان شاء ترك وان شاء اخذ بكل الثمن (رد محتار) غير انه اذا قبض المشتري المبيع وتعذر الرد بسبب من الاسباب كما اذا تعيب المبيع في يده لزم البيع ورجع المشتري بنقصان الثمن (مجمع الانهر) فيقوم المبيع مع الوصف المشروط وبدونه ويرجع المشتري بالتفاوت (در مختار) فان كان بقدر الربع مثلاً رجع بربع الثمن انظر المادة ٣٤٦ ولو اشترى نعجة عَلَى انها حامل او تحلب كذا رطلاً فسد البيع لان هذا شرط فاسد لا وصف مرغوب والضابط للاوصاف ان كل وصف لا غرر فيه فاشتراطه جائز وما فيه غرر لا يجوز (در مختار) وعليه لو باع ارضاً على ان فيها نخيلاً او اشجاراً فاذا ليس فيها شيء من ذلك فالبيع جائز ويتخير المشتري . وكذا لو باعها بنخيلها او اشجارها فاذا لا شجر فيها ولا نخيل . وكذا لو باع داراً بسفلها وعلوها فاذا لا علو لها كان المشتري مخيراً (هندية) اما لو باع داراً عَلَى ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء فالبيع فاسد (خانية) وفي الهندية اشترى ارضاً بشربها فاذا لا شرب لها فاراد ان ياخذ الارض بحصتها من الثمن ويرجع على البائع بحصة الشرب من الثمن له ذلك اه

﴿المادة ٣١١﴾ خيار الوصف يورث . مثلاً لو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان للوارث حق الفسخ

وكذا لو اشترى داراً على انها حرة من النوائب فوجدت غير حرة فكما ان للمشتري ان يردها على بائعها حال حياته فلورثته ايضاً ان يردوها على البائع بعد موت مورثهم وكذا لو اشتراها على ان قانونها نصف دانق فاذا هو اكثر (هندية) . واذا تعدد الوارث فاجاز احدهم وفسخ الآخر فلا ينفذ البيع في حصة المجيز الا اذا رضي البائع لتضرره بعيب الشركة

﴿المادة ٣١٢﴾ المشتري الذي له خيار الوصف اذا تصرف بالمبيع تصرف الملاك بطل خياره

لان تصرفه دلالة على رضاه بالمبيع

فروع : شرى داراً على ان بناءها بالآجر فاذا هو باللبن او ارضاً على ان شجرها كله مثمر فاذا واحدة منها لا تثمر او ثوباً على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران فسد البيع ولو شرى دابة على انها بغلة فاذا هو بغل جاز وخير وبعكسه جاز بلا خيار لكونه على صفة خير من المشروط (در مختار) . اذا اختلف العاقدان في اشتراط الوصف المرغوب وعدمه فالقول للبائع لانه ينكر حق الفسخ (رد محتار)

الفصل الثالث

في حق خيار النقد

﴿المادة ٣١٣﴾ اذا تبايعا على ان يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وان لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع ويقال لهذا خيار النقد

وكذا لو نقد المشتري الثمن على ان البائع اذا رد الثمن في وقت كذا فلا بيع بينهما صح ايضاً والخيار في المسالة الواردة بمتن المادة للمشتري لانه المتمكن من امضاء العقد وعدمه وفي المسالة الثانية للبائع حتى لو باعه من آخر صح لان هذا البيع بمنزلة البيع بخيار الشرط وان باعه المشتري لا يصح (رد محتار) و يشترط في الصورتين ان تكون المدة معلومة والظاهر من متن المادة انها غير مقيدة بثلاثة ايام وهو قول محمد وقد اختارته لجنة المجلة كما تصرح في تقريرها المتقدم للمرحوم عالي باشا المثبت في اول هذا الكتاب

﴿المادة ٣١٤﴾ اذا لم يؤدِّ المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسداً

ولكل من العاقدين فسخه اذا بقي المبيع على حاله اما لو تعيب بيد المشتري فلا يبقى له حق الفسخ بل يخير البائع ان شاء استرد المبيع ولا شيء له من الثمن وان شاء

تركه واخذ الثمن المسمى (رد محتار) ولو اخرجه المشتري عن ملكه بعد مضي المدة ببيع صحيح او هبة او هلك في يده او استهلكه او زاد فيه شيئاً من ماله فيبطل الفسخ ويضمن المشتري قيمته للبائع انظر المادة ٣٧٢ واما لو باعه المشتري قبل مضي المدة المعينة وقبل نقد الثمن جاز البيع ان كان المبيع بيد المشتري وعليه لبائعه مثل الثمن الاول الذي اشترى به لان البيع بخيار النقد بمنزلة البيع بخيار الشرط وكذا اذا هلك بيد المشتري او استهلكه قبل مضي المدة اي فيجب الثمن ايضاً واما لو هلك بيد البائع بطل البيع ولا شيء عَلَى المشتري (خانية)

﴿المادة ٣١٥﴾ اذا مات المشتري المخير بخيار النقد في اثناء مدة الخيار بطل البيع

الفصل الرابع

في خيار التعيين

﴿المادة ٣١٦﴾ لو بين البائع اثمان شيئين او ثلاثة اشياء من القيميات كل على حدة على ان ياخذ المشتري ايًا شاء بالثمن الذي بينه له او على ان يعطي البائع ايًا اراد كذلك صح البيع . وهذا يقال له خيار التعيين

قيده بالقيميات لان خيار التعيين لا يصح في المثليات التي هي من جنس واحد لعدم تفاوتها (در مختار) ومفاد قوله شيئين او ثلاثة انه لا يصح باكثر من ثلاثة لعدم الحاجة اليه وعلى هذا اكثر الفقهاء فان الثلاثة كافية لدفع الحاجة لاشتمالها على الجيد والدون والوسط

ثم اعلم ان المبيع في خيار التعيين لا يكون معيناً بل يكون لا على التعيين احد اثنين او ثلاثة اشياء والباقي امانة (رد محتار) فلو قبض المشتري الكل فهلك واحد في يده او تعيب لزم البيع فيه بالثمن المسمى لامتناع الرد بالهلاك او بسبب العيب وتعين الباقي امانة في يده لان الداخل تحت العقد احدها والذي لم يدخل في العقد

قبضه المشتري باذن مالكه لا على سوم الشرا ولا بطريق الوثيقة فلا يكون مضموناً عليه الا بالتعدي وان هلك الكل معاً في يد المشتري ضمن نصف قيمة كل منهما اذا كانا اثنين وثلثه ان كان ثلثه لشيوع البيع والامانة مع عدم الاولوية ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقاً او مختلفاً وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدرَ الاول بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لان المعيب محل لابتداء البيع وكذا التعيين بخلاف الهالك فانه ليس محلاً لابتدائه فليس لتعيينه (ملتقى وشرحه مجمع الانهر) ولو اختلفا في الهالك اولاً فالقول للمشتري وبينة البائع اولى (در منتقى)

واما لو هلك قبل القبض تلك الاشياء التي وقع عليها خيار التعيين بطل البيع (هندية). ولو هلك احدهما او اثنان منهما فقط فلا يبطل سواء كان الخيار للبائع او للمشتري لان احتمال كون الهالك هو المبيع وقد بطل البيع بهلاكه او كونه غير المبيع وان البيع لم يزل باقياً هو متساوٍ مع ان البيع ثابت يقيناً بين العاقدين فلا يزول بالشك الواقع على هذا الوجه انظر المادة ٤ من المجلة فاذا كان الخيار للبائع كان له ان يفسخ البيع او يلزم المشتري بالباقي اذا كان واحداً وان كان اثنين فباحدهما الا اذا تعيب احد تلك الاشياء فليس له ان يلزمه المعيب الا برضاه فاذا الزمه اياه ولم يرض به ليس له ان يلزمه غيره بعد ذلك (هندية) وان كان الخيار للمشتري يبقى ايضاً مخيراً بين الفسخ وبين اخذ الباقي بثمنه اذا كان واحداً وان كان اثنين جاز له ان ياخذ ايهما شاء بثمنه

﴿المادة ٣١٧﴾ يلزم في خيار التعيين تعيين المدة ايضاً

وذلك لدفع الضرر عن البائع لما يلحقه من مطل المشتري بتعيين المبيع اذا لم تعين المدة (شرنبلالية) والظاهر من اطلاق المادة عدم تقييد المدة بثلاثة ايام بل يجوز ان تكون المدة اكثر من الثلاثة كما في خيار الشرط جرياً على قول الامامين

تتمة : يجوز خيار التعيين في البيع الفاسد الا ان ههنا ما يتعين للبيع يكون مضموناً بالقيمة والباقي امانة كما في البيع الجائز وان هلك الشيئان معاً في يد المشتري ضمن نصف قيمة كل واحد منهما (هندية)

﴿المادة ٣١٨﴾ من له خيار التعيين يلزمه ان يعين ما ياخذه في انقضاء المدة المعينة

وان أبى يجبر (رد محتار) والتعيين بكون صريحاً ودلالة فالصريح هو كل قول يدل على الرضى كقوله اخذت هذا واخترت ذاك . والدلالة هي كل فعل يدل على الرضى كما لو كان الخيار للمشتري فعرض احد الاشياء المخير فيها للبيع او اجرها وكذا لو كان الخيار البائع فدفع للمشتري احد تلك الاشياء. وفي الهندية لو تصرف المشتري في احدهما تصرف الملاك جاز تصرفه فيه و يكون مختاراً له ولزمه ثمنه وتعين الاخر للامانة ولو تصرف البائع في احدهما فتصرفه موقوف ان تعين ذلك للبيع بطل تصرفه فيه وان تعين للامانة نفذ تصرفه ولو تصرف المشتري فيهما فهو على خياره يرد الذي لم يختره وليس له ان يردهما ولو باعهما المشتري ثم اختار احدهما صح بيعه فيه ولو صبغ المشتري احد الثوبين تعين هو مبيعاً ورد الاخر اه

﴿المادة ٣١٩﴾ خيار التعيين ينتقل الى الوارث فلو احضر البائع ثلاثة اثواب اعلى واوسط وادنى من جنس واحد و بين لكل منها ثمناً على حدة وباع احدها لا على التعيين على ان المشتري في مدة ثلاثة او اربعة ايام ياخذ ايها شاء بالثمن الذي عينه له وقبل المشتري على هذا المنوال انعقد البيع ولزم المشتري عند انقضاء المدة تعيين احد الاثواب ودفع ثمنه فلو مات قبل التعيين يجبر الوارث ايضاً على تعيين احدها ودفع ثمنه من تركة مورثه

الفصل الخامس

في خيار الرؤية

اضافة الخيار الى الرؤية من قبيل اضافة المسبب الى السبب (در منتقى) ومعناه الخيار الثابت بسبب الرؤية

ولا يثبت خيار الرؤية الا في اربعة مواضع الشراء والاستئجار والقسمة ماعدا

قسمة المثليات والصلح عن دعوى المال على شي بعينه لان كلاً منها معاوضة (تنوير) وهو يمنع تمام الحكم والرد به فسخ قبل القبض وبعده ولا يحتاج الى قضا ولا رضا البائع وينفسخ بقوله رددت الا انه لا يصح الرد الا بعلم البائع خلافاً لابي يوسف ولا يتوقت بوقت معين فيبقى الى ان يوجد ما يبطله (رد محتار) وهو يثبت حكماً لا بالشرط ولا يمنع وقوع الملك للمشتري حتى لو تصرف في المبيع جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن وكذا لو هلك في يده او صار الى حال لا يملك فسخه بطل خياره (طحطاوي) اما لو تصرف المشتري في المبيع قبل الرؤية فلا يبطل خياره الا اذا تعلق فيه حق الغير وسيتضح

المادة ٣٢٠ ✻ من اشترى شيئاً ولم يره

صح غير انه يشترط لصحة البيع ان يكون المبيع شيئاً مسمى موصوفاً او مشاراً اليه وهو حاضر مستور كبيع الزيت في الوعاء والبر في الجوالق والثوب في الكم او مشاراً الى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم فلا يصح بيع ما لم يعلم جنسه اصلاً لا بوصف ولا باشارة كبيعه شيئاً في كمه او في جيبه لجهالة المبيع انظر المادتين ٢٠٠ و٢١٣ غير انه يصح ان يبيعه الساعة التي في جيبه او كر حنطة حورانية في بيته او فرسه الادهم وليس له غيره او عقاره المحدود بكذا وكذا والمدار على نفي الجهالة الفاحشة لانها تفسد الشرا فلا يثبت فيه خيار الرؤية حينئذٍ لوجوب فسخه بدونه (رد محتار ملخصاً) واذا كان المبيع معلوماً او مجهولاً جهالة يسيرة يصح الشراء كما قدمنا في شرح المادتين ٢٠٠و٢١٣ وحينئذٍ

كان له الخيار حتى يراه فاذا رآه كان مخيراً فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية

وله فسخ البيع ايضاً ولو رضي به قبل الرؤية بالقبول لان خياره معلق بالرؤية نصاً والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق في المعدوم اي اذا كان خيار الرؤية معلقاً بالرؤية كان عدماً قبل وقوعها فلا يصح اسقاطه بالرضا (رد محتار ملخصاً) وقيدنا بالقول احترازاً عن الرضى بالفعل لانه لو اجازه فعلاً بان تصرف فيه قبل الرؤية تصرفاً يتعلق به حق الغير فيسقط خياره كما سيأتي في شرح المادة ٣٣٥

اما الفسخ فيصح قبل الرؤية و بعدها لعدم لزوم العقد لان اللزوم يفيد تمام الرضا وتمامه بالعلم باوصاف مقصودة وهو غير حاصل قبل الرؤية (مجمع الانهر) غير انه يشترط في الفسخ علم البائع (تنوير) ورد المبيع الى موضع العقد اذا كان البائع قد حمله الى بيت المشتري لان مونة رد المبيع بخيار شرط ورؤية وعيب على المشتري سواء حمله الى بيته هو او البائع غير انه اذا حمله البائع ثم رد عليه بخيار الرؤية ليس له الرجوع على المشتري بما ينفقه من مونة النقل لانه متبرع (رد محتار)

فروع : اشترى رجلان شيئاً ولم يرياه ثم رآه احدهما ورضي به سقط خيار الاخر ايضاً فليس له الرد لضرر البائع بعيب الشركة (تنوير) ٠جاء المشتري بالمبيع ليرده على البائع بخيار الرؤية فانكر البائع كون المردود هو المبيع فالقول للمشتري لانه قابض والقول للقابض ضميناً كان او اميناً (در مختار) و كذا في كل موضع ينفسخ العقد بقول المشتري وحده وفي كل موضع لا ينفسخ العقد بقوله الا برضا البائع او حكم الحاكم فالقول للبائع في الجميع كالرد بخيار العيب (هندية)

﴿المادة ٣٢١﴾ خيار الرؤية لا ينتقل الى الوارث فاذا مات المشتري قبل ان يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه

لان خيار الرؤية ليس الا مجرد ارادة ومشيئة وهذا وصف فلا يمكن انتقاله الى الوارث (درر) وعلله في مجمع الانهر بان خيار الشرط والرؤية يثبتان للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد اه

﴿المادة ٣٢٢﴾ لا خيار للبائع لو كان لم يرَ المبيع . مثلاً لو باع رجل مالاً انتقل اليه بالارث وكان لم يرَه انعقد البيع بلا خيار للبائع

وكذا لا خيار للبائع في الثمن اذا كان ديناً في الذمة قال في الخانية لا يثبت خيار الرؤية فيما ملك ديناً في الذمة كالسلم والدراهم والدنانير عيناً كان او ديناً والمكيل والموزون اذا لم يكن معيناً فهو بمنزلة الدراهم والدنانير ولكن لو كان الثمن عيناً فيثبت فيه خيار الرؤية للبائع كما يثبت للمشتري في المبيع اه ولهذا قالوا في بيع المقايضة يثبت خيار الرؤية للبائع كما يثبت للمشتري (طحطاوي) انظر المادة ٣٧٩ وفي الهندية لو باع

عيناً بدين وبعين لم يره ثم رآه فرده ينتقض البيع بحصة العين دون حصة الدين لان لا خيار له في حصته اه

﴿المادة ٣٢٣﴾ يراد بالرؤية في بحث خيار الرؤية الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الاصلي من المبيع ففي الكرباس والقماش المتساوي ظاهره وباطنه تكفي رؤية ظاهره والقماش المنقوش المدرب تلزم رؤية نقشه ودروبه والشاة المشتراة للتناسل والتوالد يلزم رؤية ثديها والشاة الماخوذة لاجل اللحم يجب جس ظهرها واليتها والماكولات والمشروبات يلزم ان يذاق طعمها

والمشمومات يلزم شمها والدابة يجب رؤية وجهها وكفلها (ملتقى) فلو اشترى فرساً او بغلاً او حماراً او نحو ذلك فرأى وجهه لا غير فله الخيار حتى يرى مؤخره وهو الصحيح ورؤية الحافر والناصية والذنب لا تكفي على الصحيح (هندية) . وفيها اشترى جبة مبطنة ورأى بطانتها فله الخيار اذا راى ظهارتها سوآء كانت البطانة مقصودة بان كان عليها فرو او لم تكن لان الظهارة مقصودة بكل حال الا اذا كانت الظهارة غير مقصودة بان كانت شيئاً حقيراً ولو رأى ظهارتها فليس له الخيار اذا رأى بطانتها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان عليها فرو ولا يكفي ان يرى ظاهر الطنفسة ما لم يرَ وجهها وموضع الوشي منها وما كان له وجهان مختلفان تعتبر رؤيتهما اه . والبقرة الحلوب والناقة يلزم رؤية ضرعها لانه المقصود (در مختار) . وفي الرمان لا بد من رؤية الحامض والحلو وفي الثمار على رؤوس الاشجار يجب رؤية جميعها بخلاف الموضوعة على الارض (رد محتار)

فالمشتري اذا عرف هذه الاموال على الصور المذكورة ثم اشتراها ليس له خيار الرؤية

اما لو رأى الدهن في الزجاج ثم اشتراه فلا يسقط خياره اذ لا يكفي رؤية الدهن على هذه الصورة لوجود الحائل فهو لم يرَ الدهن حقيقةً (مجمع الانهر) . وفي الهندية لو اشترى دهناً في قارورة فنظر الى القارورة ولم يصب الدهن على راحته او على اصبعه

فهذا ليس بروئية عند ابي حنيفة اه . وفي الخانية ولو نظر الى المبيع من وراء ستر رقيق كان رؤية اه . وفي التحفة لو نظر في مرآة فرأى المبيع لا يسقط خياره لانه ما رأى عين المبيع بل مثاله

﴿المادة ٣٢٤﴾ الاشياء التي تباع على مقتضى انموذجها تكفي رؤية الانموذج منها فقط

كما في بيع المكيلات كالقمح والشعير والموزونات كالقهوة والارز والفاكهة والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض والاثواب المصنوعة على نمط واحد كالجوخ وما شاكله من منسوجات الصوف والقطن وغيرهما لانها في عادة التجار تباع بالانموذج بثمن متحد واذا كانت الوانها مختلفة فلا ينظرون من كل لون الا ثوباً واحداً او يقطعون من كل لون قطعة قدر الاصبع ويلصقون القطع في ورقة فيعلم حال جميع الاثواب برؤية هذه الورقة و يكون طول الثوب وعرضه معلوماً فاذا وجدت الاثواب كلها على الحال المرئي والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغي ان يسقط خيار الرؤية لانها حينئذٍ تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض (رد محتار ملخصاً) . ومثل ذلك بيع المغيب في الارض اذا نبت وعلم وجوده قال في الهندية ان كان المبيع في الارض مما يكال او يوزن بعد القلع كالثوم والبصل فقلع المشتري شيئاً باذن البائع او قلع البائع ان كان المقلوع مما يدخل تحت الكيل او الوزن تكون رؤية البعض كرؤية الكل اذا وجد الباقي كذلك وان كان المقلوع شيئاً يسيراً لا يدخل تحت الوزن فلا يسقط خياره اه ملخصاً

﴿المادة ٣٢٥﴾ ما بيع على مقتضى الانموذج اذا ظهر دون الانموذج يكون المشتري مخيراً فيه ان شاء قبله وان شاء رده فاذا راى المشتري انموذج الحنطة والسمن والزيت وما صنع على نسق واحد من الكرباس والجوخ واشباهها ثم اشتراها على مقتضى الانموذج فظهرت ادنى منه يخير المشتري حينئذٍ

وان قال المشتري ليس المبيع على الصفة التي في الانموذج وقال البائع هو على

تلك الصفة فان كان الانموذج قائماً يعرض على من له خبرة فيتضح الحال وان كان هالكاً فان كان المبيع غائباً وقت العقد فالقول للمشتري لانه منكر ضمناً كون ذلك هو المبيع وان كان المبيع حاضراً وقت العقد مستوراً بكيس او نحوه فالقول للبائع والبينة على المشتري لاتفاقهما انهُ المبيع وانما اختلافهما في الصفة (رد محتار)

﴿المادة ٣٢٦﴾ في شراء الدار والخان ونحوهما من العقار تلزم رؤية كل بيت منها الا ان ما كانت بيوته مصنوعة على نسق واحد تكفي رؤية بيت واحد منها

وفي شراء البستان لا بد من رؤية ظاهره و باطنه وفي شراء الكروم لا بد من رؤية العنب من كل نوع شيئاً (مجمع الانهر) وفي الهندية اذا رأى عنب كرم فله الخيار حتى يرى من كل نوع منها شيئاً وفي النخل اذا رأى بعضه ورضي به بطل خيار الرؤية وجعل نوع من انواع النخل جائزاً على كله. واذا اشترى رماناً حلواً وحامضاً ورأى احدهما فله الخيار اذا رأى الاخر

﴿المادة ٣٢٧﴾ اذا اشتريت اشياء متفاوتة صفقة واحدة تلزم رؤية كل واحد منها على حدته

مثلاً اذا اشترى ثلاثة افراس او ثلاثة حمير ولو صفقة واحدة يجب رؤية كل واحد منها على حدته ولو اشترى خفين او مصراعي باب او نعلين ورأى احدهما كان له الخيار اذا رأى الباقي (خانية)

﴿المادة ٣٢٨﴾ اذا اشتريت اشياء متفاوتة صفقة واحدة وكان المشتري راى بعضها ولم يرَ الباقي فمتى راى ذلك الباقي كان مخيراً فان اخذ جميع الاشياء المبيعة وان شاء رد جميعها وليس له ان ياخذ ما رآه ويترك الباقي

وكذا لو رأى ايضاً جميع الاشيا المبيعة فرضي باحدها ليس له ان يرد الباقي (رد محتار) لان ترك الباقي يوجب تفريق الصفقة وهو غير جائز قبل تمام العقد وخيار الرؤية يمنع تمامه

﴿ المادة ٣٢٩ ﴾ بيع الاعمى وشراؤه صحيحان

سواء كانا لنفسه او لغيره بوكالة او وصاية (طحطاوي) وكذا اجارته وهبته ورهنه

الا انه يخير في المال الذي يشتريه بدون ان يعلم وصفه. مثلاً لو اشترى داراً لا يعلم وصفها كان مخيراً فمتى علم وصفها ان شاء اخذها وان شاء ردها

واما لو كان بائعاً فلا خيار له لان لا خيار للبائع انظر المادة ٣٢٢

﴿ المادة ٣٣٠ ﴾ اذا وصف شيء للاعمى وعرف وصفه ثم اشتراه لا يبقى مخيراً

لان شراه بعد علمه اوصاف المبيع دلالة على رضاه به وذلك لان وصف المبيع له بمنزلة الرؤية للبصير فلو رأى البصير المبيع ثم اشتراه فقد سقط خياره ثم انه لا بد في الوصف للاعمى من ان يكون المبيع على ما وصف له ليكون في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير (رد محتار)

تنبيه: لو اشترى البصير شيئاً ثم عمي قبل الرؤية انتقل الخيار الى الوصف (مجمع الانهر)

﴿ المادة ٣٣١ ﴾ الاعمى يسقط خياره بلمس الاشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات. يعني انه اذا لمس وشم وذاق هذه الاشياء ثم اشتراها كان شراؤه صحيحاً لازماً

ظاهره ان ما يعرف بالشم ونحوه لا يكفي فيه الوصف وانه لا يشترط اجتماع الوصف والشم بل يكفي ما يقف به على صفة المبيع وبذلك صرحوا في عامة كتب المذهب لان الخيار ثابت للاعمى لجهله بصفات المبيع فاذا زال ذلك باي وجه كان سقط خياره حتى لو ابصر بعد ذلك فلا خيار له لان الساقط لا يعود انظر المادة ٥١ اما اذا كان شراؤه قبل ما ذكر من الوصف والذوق ونحوه بان اشترى ثم وصف له المبيع او ذاقه فلا يسقط خيار رؤيته بل يثبت له كل عمره على الصحيح ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او فعل (تنوير) انظر شرح المادة ٣٣٥

تتمة : لو قال الاعمى قبل وصف المبيع له رضيت لم يسقط خياره (هندية) لكن لو تعيب المبيع في يده او هلك او هلك بعضه عنده قبل الرؤية او بعدها ليس لهُ بعد ذلك رد المبيع على بائعه (در مختار)

﴿ المادة ٣٣٢ ﴾ من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم انه الشيءُ الذي كان رآهُ لا خيار لهُ

ههنا قيد ان احترازيان ينبغي حفظهما : الاول ان يكون المشتري قد رأى المبيع قاصداً شراءهُ اذ لو رآهُ لا لقصد الشراء ثم اشتراهُ فلهُ خيار الرؤية لانهُ اذا رأى لا لقصد الشراء لا يتامل كل التامل (مجمع الانهر) الثاني ان يكون عالماً وقت الشراء ان المبيع هو الشيء الذي كان رآهُ سابقاً لانهُ اذا لم يعلم بهِ يبقى لهُ خيار الرؤية لعدم الرضا (درر) ، مثالهُ لو رأى ثوباً ثم اشتراهُ ملفوفاً بثوب اخر وهو لا يعلم انهُ ذلك الثوب الذي رآهُ كان لهُ الخيار (طحطاوي) وفي الهندية اشتريا جارية قد رآها احدهما فقبضاها فنظر اليها الذي لم يرها واجتمعا على ردها فلهما ذلك ولوان الذي رآها رضي بها قبل ان يرد الاخر كان للاخر اي الذي لم يرَها ان يرد جميع المبيع ورضا شريكه بمنزلة رؤيته ولو عرض على رجل ثوبين ثم لف احدهما بمنديل وجاء بهِ ولم يرَهُ واشتراه منه ولم يعلم ايهما هو فهو بالخيار اذا رآه ولو اتاه بالثوبين جميعاً ولف كل واحد منهما بمنديل وقال هذان الثوبان اللذان عرضت عليك امس فقال اخذت هذا الثوب بعينه بعشرة وهذا الثوب بعينه بعشرة ولم يرَه حالة الشراء لا خيار له اه

الا انهُ اذا وجد ذلك الشيءَ قد تغير عن الحال الذي رآه فيه كان لهُ الخيار حينئذٍ

واذا اختلف البائع والمشتري في التغيير بان قال المشتري تغير عن حاله والبائع يقول لا بل هو باق على حاله فالقول للبائع بيمينه اذا كانت المدة قريبة وللمشتري بيمينه اذا كانت بعيدة عملاً بالظاهر (تنوير). واذا اختلف المتبايعان في اصل الرؤية بان قال لهُ البائع رأيت قبل الشراء وقال المشتري ما رأيته فالقول للمشتري بيمينه (ملتقى) لانه ينكر الرؤية (در مختار) وكذا لو قال لهُ البائع رأيت بعد الشراء ثم رضيت

فقال رضيت قبل الرؤية كان القول ايضاً للمشتري بيمينه (رد محتار)

﴿المادة ٣٣٣﴾ الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه تكون رؤيتهما لذلك الشيء كرؤية الاصيل

ولكن انما تكفي رؤية الوكيل بالشراء اذا كان موكلاً بشراء شيء لا بعينه ففي المعين ليس للوكيل خيار رؤية (رد محتار عن الفصولين) وفي الهندية الوكيل بالشراء اذا اشترى شيئاً كان رآه الموكل ولم يعلم به الوكيل كان للوكيل خيار الرؤية وهذا اذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فلو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قد رآه الموكل ولم يره الوكيل فليس للوكيل خيار رؤية اذا اشتراه اه وفي رد المحتار ان رؤية الوكيل قبل التوكيل لا اثر لها فلا يسقط بها خيار الرؤية كما في الفتح اه

والوكيل بالقبض انما تسقط رؤيته الخيار اذا قبض المبيع ناظراً اليه فحينئذ ليس له ولا للموكل ان يرده الا بخيار العيب واما اذا قبض المبيع مستوراً ثم رآه فاسقط الخيار لا يسقط لان وكالته انتهت بقبضه مستوراً فلا يملك اسقاط الخيار قصداً لصيرورته اجنبياً بل للموكل الخيار (درر ومجمع الانهر)

فائدة : لا يصح التوكيل بالرؤية مقصوداً فلو وكل رجلاً ليرى المبيع وقال له ان رضيته فخذه لا يجوز ولا تصير رؤيته كرؤية موكله كما في الخانية وجامع الفصولين وذلك لان الرؤية من المباحات لا تتوقف على توكيل

﴿المادة ٣٣٤﴾ الرسول يعني من ارسله المشتري لاخذ المبيع وارساله فقط لا تسقط رؤيته خيار المشتري

ومثله الرسول الذي يرسله المشتري ليرى المبيع قال في الهندية وكل انساناً او ارسله قبل الشراء حتى رأى المبيع ثم اشتراه الموكل او المرسل بنفسه يثبت له خيار الرؤية وعليه الفتوى اه

﴿المادة ٣٣٥﴾ تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خيار رؤيته

اذا كان تصرف المشتري في المبيع يوجب حقاً للغير كالرهن والاجارة والهبة مع

التسليم والبيع العاري عن الخيار للبائع فيبطل خيار رؤيته مطلقاً اي سوآء تصرف قبل الرؤية او بعدها (ملتقى) وان كان لا يوجب حقاً للغير كالهبة بلا تسليم والمساومة وعرض المبيع للبيع وطلب الشفعة به واعارته والبيع بخيار للبائع وقبض المبيع ونقد الثمن فيبطل الخيار بعد الرؤية لا قبلها لان هذه التصرفات لا تزيد على دليل الرضا والحال ان صريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فلا يبطله دليله بالاولى وقيدنا بكون الخيار للبائع احترازاً عما لو باع بالخيار للمشتري فانه يبطل خيار رؤيته مطلقاً اي سوآء كان قبل الرؤية او بعدها (رد محتار) لانه لما كان الخيار للمشتري فقد خرج المبيع عن ملك البائع وصار منوطاً بالمشتري وحده اجازة العقد او فسخه فتعلق من ثم حقه به وفي الهندية المشتري اذا باع المبيع قبل رؤيته بيعاً فاسداً وسلمه سقط خياره ولو تصرف فيه تصرفاً ينقصه وهو لا يعلم انها المبيعة او لبس الثوب ولا يعلم انه المبيع ونقص بلبسه اه

تنبيه : لو رضي المشتري بعد الرؤية ببعض المبيع سقط خياره (خانية) ولو اشترى شيئين ورآهما ثم قبض احدهما فهو رضا (هندية) وفي الحامدية ان خيار الرؤية يبطل بحدوث الثمرة والزيادة في يد المشتري او وكيله سوآء تناولها او لا اه

تتمة : يسقط خيار الرؤية مطلقاً اذا عيب المشتري المبيع او تعيب في يده او تعذر رد بعضه بسبب هلاكه او تعيبه كما لو اشترى مجموعاً من القيميات او المثليات فتعيب بعضها بعد القبض او هلك سواء كان ذلك قبل الرؤية او بعدها فلا يرد الباقي لان رد البعض يوجب تفريق الصفقة قبل تمامها اذ ان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة فلو رد به بعض المبيع لتفرقت الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز (مجمع الانهر) ولهذا لو رأى احد ثوبين فاشتراهما ثم رأى الاخر فله ردهما ان شآء لا رد الاخر وحده (تنوير)

لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه فاذا باع المشتري المبيع قبل الرؤية او رهنه او اجره ثم رد عليه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او بخيار العيب بالقضا او فك الرهن او انتقضت الاجارة فلا يعود خيار الرؤية وصححه قاضيخان وهو الاوجه (در منتقى)

فروع : شرى شيئاً لم يره ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل الرؤية لعدم تمام العقد (در مختار) . وفيه اراد بيع ضيعة ولا يكون للمشتري خيار رؤية فالحيلة ان يقر بثوب

لانسان ثم يبيعه مع الضيعة لآخر و يسلمهما له لكي تتم الصفقة فيستحق المقر له الثوب فيبطل خيار المشتري للزوم تفريق الصفقة وهو لا يجوز لانه لما قبض الثوب والضيعة تمت الصفقة فلا يجوز تفريقها بعد تمامها بخلاف ما لو قبض احدهما دون الاخر ثم استحق احدهما فله الخيار لتفرقها قبل التمام اه بزيادة من رد المحتار. وفي الدرر ولا يثبت خيار العيب هنا لان استحقاق الثوب لا يورث عيباً في الضيعة بخلاف ما اذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً مما في تبعيضه ضرر كالدار فانه بالخيار ان شاء رضي بحصته من الثمن وان شاء رد اه. لو اسكن المشتري في الدار رجلاً لا يسقط خيار الرؤية الا ان يسكنه باجر. اعار الارض قبل ان يراها ليزرعها المستعير فلا يسقط الخيار قبل الزراعة. اشترى دابة او شاة فولدت لم يكن له ان يردها بخيار الرؤية وكذا لو قتل ولدها هو او غيره وان مات الولد كان له الرد (هندية)

الفصل السادس

في خيار العيب

اضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه وخيار العيب يثبت بلا شرط ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري و يورث لان المورث استحق المبيع سليماً من العيب فكذا وارثه و يثبت في الشرا والمهر و بدل الصلح عن دم العمد والصلح عن مال والقسمة والاجارة ولو حدث بعد العقد والقبض بخلاف ما تقدمها فانه لا يثبت فيه الخيار الا اذا حدث العيب قبل القبض ولو بعد العقد (رد محتار)

❋ المادة ٣٣٦ ❋ البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب. يعني ان بيع المال بدون البرآة من العيوب و بلا ذكر انه معيب او سالم يقتضي ان يكون المبيع سالماً خالياً من العيب

لان الاصل سلامة المبيع من العيب وهي وصف مطلوب مرغوب عادةً وعرفاً والمطلوب عادةً كالمشروط نصاً (مجمع الانهر)

❋ المادة ٣٣٧ ❋ ما بيع مطلقاً اذا ظهر فيه عيب قديم يكون

المشتري مخيراً فيه ان شاء قبله بثمنه المسمى وان شاء رده وسلمه لبائعه في موضع العقد لان مؤنة الرد على المشتري ورجع بالثمن (رد محتار)

ولا بد للرد من قيود: الاول ان يكون العيب عند البائع ٠ الثاني ان لا يعلم به المشتري عند البيع ٠ الثالث ان لا يعلم به عند القبض ٠ الرابع ان لا يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كما لو اشترى ثوباً فوجد فيه دماً ان كان اذا غسل من الدم ينقص الثوب كان عيباً لوجود حده والا فلا ٠ الخامس ان لا تشترط البرآءة منه خصوصاً او من العيوب عموماً ٠ السادس ان لا يزول العيب قبل الفسخ فان زال ليس له الرد (طحطاوي) وفي مجمع الانهر اذا رأى المشتري العيب عند البيع او عند القبض ولم يعلم انه عيب عند التجار فقبضه فان كان عيباً يخفى على عامة الناس فله رده والا فلا اه ثم انه اذا علم المشتري بالعيب قبل القبض فله ان يرد المبيع على البائع وينفسخ العقد بقوله رددت ولا يحتاج الى رضا البائع ولا الى قضاء القاضي واما اذا علم به بعد القبض فلا ينفسخ البيع الا بقضاء الحاكم او برضا البائع ولو فعلاً كتسلمه المبيع من المشتري حين طلبه الرد لان الرضا يثبت تارة بالقول وتارة بالفعل اما ما يقع كثيراً من انه اذا اطلع على عيب يرد المبيع الى منزل البائع ويقول دونك دابتك لا ارضاها فليس برد وتهلك على المشتري ولو تعهدها البائع حيث لم يوجد بينهما فسخ قولاً او فعلاً (رد محتار) ثم انه اذا رد المشتري المبيع برضا البائع كان فسخاً في حقهما بيعاً في حق غيرهما وان رده بقضاء القاضي كان فسخاً في حقهما وحق غيرهما ايضاً (هندية) ٠ولو كان المشتري اثنين فرضي احدهما بالعيب سقط ايضاً خيار الاخر فليس لهُ رد نصيبه عند الامام وعليه المتون لضرر البائع بعيب الشركة اما لو كان البائع اثنين والمشتري واحداً فله ان يرد نصيب احدهما بخيار العيب اتفاقاً (مجمع الانهر)

تتمة : اذا جاء المشتري بالمبيع ليرده بخيار العيب فانكر البائع كون المردود هو المبيع فالقول قوله لان المشتري لما كان لا ينفرد بالفسخ بخيار العيب صار مدعياً ثبوت حق الفسخ فيما احضره والبائع ينكره والقول قول المنكر ولو اختلفا بعد التقابض في عدد المبيع او احد او متعدد ليتوزع الثمن على تقدير الرد او في عدد المقبوض فالقول للمشتري لانه قابض (در مختار) صورته اشترى دابة فقبضها ودفع ثمنها ثم جاء ليردها بعيب واعترف به البائع الا انه قال بعتك هذه الدابة واخرى معها فلك عليَّ رد حصة

هذه فقط من الثمن لا كله وقال المشتري بعتنيها وحدها فاردد كل الثمن فالبينة على البائع والقول للمشتري لانه قابض ينكر زيادة يدعيها البائع ولو لم يكن للبائع بينة فاراد المشتري اقامة البينة لاسقاط اليمين عنه فله' ذلك وتقبل بينته (رد محتار ملخصاً)

وليس له' ان يمسك المبيع و يحط ما نقصه العيب من ثمنه

الا اذا تعذر الرد بسبب زيادة المبيع او حدوث عيب اخر فيه عند المشتري كما سيأتي واذا ادعى المشتري عيباً يوجب الرد او الرجوع بنقصان الثمن لا يجبر على دفع الثمن للبائع بل يبرهن لاثبات العيب او يحلف البائع اذا لم يكن له' بينة (در مختار) ويقال لهذا خيار العيب

تتمة : اذا وجد المشتري بمشريه عيباً واراد الرد به فاصطلحا على ان يدفع البائع دراهم الى المشتري ولا يرد عليه المبيع جاز ويجعل حطاً من الثمن وعلى العكس وهو ان يصطلحا على ان يدفع المشتري الدراهم الى البائع و يرد عليه لا يصح لان لا وجه له' غير الرشوة الا اذا احدث به عيب عند المشتري او لم يقر البائع بالعيب القديم (جامع الفصولين) ولو وجد في مشريه عيباً فصالح عنه عَلَى مال قبضه ثم وجد فيه عيباً آخر كان له ان يرده بهذا الغيب و يرد بدل الصلح (بزازية) ولو كان المشتري اثنين فوجدا في المبيع عيباً فصالح احدهما البائع عن حصته سقط خيار الاخر (هندية) يمتنع الرد بخيار العيب في مسائل: الاولى لو اشترى الوصي او الوكيل شيئاً بالف وقيمته ثلثة آلاف فليس له' ان يرده بخيار العيب للاضرار باليتيم والموكل ولكن ينبغي الرجوع بنقصان الثمن (در مختار) الثانية لو وهب البائع الثمن من المشتري ثم وجد بالمبيع عيباً فان كان قبل القبض يرده اتفاقاً وان كان بعده قيل يرد و به جزم في الخانية وقيل لا يرد و به جزم في البزازية الثالثة لو اشترى متاعاً من رجل و باعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير فرأى عيباً كان عند البائع الاول لم يرده على الذي اشتراه منه' لانه غير مفيد اذ لو رده يرده الاخر عليه ولا على البائع الاول لان هذا الملك غير مستفاد من جهته (رد محتار)الرابعة ساومه غلاماً باثني عشر فابى وقال وهبته لك وقبضه المشتري ووهب له الدنانير الاثني عشر وقبضها ثم وجد الموهوب له بالعبد عيباً ليس له ان يرده (هندية) الخامسة باع الوارث من مورثه شيئاً ثم مات المشتري وورثه البائع ووجد به عيباً رده الوارث الاخر ان كان والا لا يرد ولا يرجع بالنقصان (طحطاوي) وفي الدر المنتقى مسألة

يرد بها المشتري المبيع بالعيب ولا يرجع بالثمن وهي لو باع عبداً وسلمه ووكل رجلاً بقبض ثمنه فقال الوكيل قبضته فضاع او دفعته للآمر وجحد الآمر كله فالقول للوكيل بيمينه ويبرء المشتري من الثمن فلو وجد عيباً ورده لا يرجع بالثمن على البائع لعدم ثبوت القبض في زعمه ولا على الوكيل لانهُ لا عقد بينهما بل هو امين في قبض الثمن و يصدق في دفع الضمان عن نفسه و به عرف انه اذا صدق الآمر الوكيل في الدفع اليه يرجع المشتري بعد الرد بالعيب بالثمن على الآمر دون القابض اه

﴿ المادة ٣٣٨ ﴾ العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة

ولو يسيراً لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به لان الضرر يحصل بنقصان المالية وقد زادوا على هذا الضابط قيداً آخر اخذوه عن الشافعية وهو ان العيب ما يفوت به غرض صحيح للمشتري بشرط ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه و يتفرع عليه ما في البزازية من انه لو اشترى شجرة ليتخذ منها باباً فوجدها بعد القطع لا تصلح لذلك رجع بنقصان الثمن الا ان يأخذ البائع الشجرة كما هي اه . وفيها ايضاً لو اشترى خفاً او قلنسوة او ثوباً فوجده صغيراً لهُ الرد اه . اي لانه لا يصلح لغرضه وعليه فقد اعتبر عدم غرض المشتري عيباً موجباً للرد وفيها ايضاً لو اشترى دابة فوجدها بطيئة السير لا يردها الا اذا شرط انها عجول اي لان بطء السير ليس الغالب عدمه فان كلا من البطء والعجلة يكون في اصل الفطرة السليمة وفيها ايضاً لو اشترى دابة فوجدها كبيرة السن ليس له الرد الا اذا شرط صغرها اه . وبما ذكر من الفروع ظهر ان قولهم في ضابط العيب ما ينقص الثمن عند التجار يبنى على الغالب والا فهو غير جامع وغير مانع اما الاول فلانه لا يشمل مسألة الشجرة والثوب والخف والقلنسوة لان ذلك وان لم يصلح لهذا المشتري يصلح لغيره فلا ينقص الثمن مطلقاً واما الثاني فلانه يدخل فيه مسألة الدابة فان بطئها و كبر سنها ينقص ثمنها مع انه غير عيب فعلم انه لا بد من تقييد الضابط بما ذكره الشافعية (رد محتار ملخصاً) وفي الخانية ان اختلف التجار فقال بعضهم انهُ عيب و بعضهم لا ليس لهُ الرد اذا لم يكن عيباً بيناً عند الكل اه . راجع المادة الرابعة

واذا استحق بعض المبيع بعد القبض فان كان يضره التبعيض كالدار وما شابهها من القيميات خير المشتري في الباقي وان لم يضره التبعيض كثو بين استحق احدهما او كيلي ووزني استحق بعضه ولا يضر تبعيضه فالمشتري ياخذ الباقي بلا خيار ويرجع بحصة المستحق من الثمن واما اذا استحق بعض المبيع قبل القبض او بعد قبض بعضه فقط فيخير المشتري في الباقي سواء اورث الاستحقاق فيه عيباً او لا لتفرق الصفقة قبل التمام اه ملخصاً عن التنوير وشرحه للعلائي

﴿المادة ٣٣٩﴾ العيب القديم هو ما يكون موجوداً في المبيع وهو عند البائع

ولو ادعى المشتري ان العيب قديم حدث عند البائع وادعى البائع حدوثه عند المشتري فالبينة على المشتري والقول للبائع بيمينه (در مختار) ثم انه اذا ثبت كون العيب قديماً واراد المشتري رد المبيع على البائع فهل يجوز الصلح عن العيب ، فيه تفصيل قدمناه في شرح المادة ٣٣٧ . وفي الخانية اشترى عبداً فوجد فيه عيباً قبل القبض فصالحه البائع عن العيب عَلَى جارية كانت الجارية زيادة في المبيع فينقسم الثمن الذي اشترى به العبد على العبد والجارية عَلَى قدر قيمتهما حتى لو وجد باحدهما عيباً رده بحصته من الثمن وان كان هذا الصلح بعد ما قبض المشتري العبد كانت الجارية بدلاً عن العيب حتى لو وجد بها عيباً ردها بحصة عيب العبد من الثمن ولو اشترى من اخر عبداً ووجد به عيباً قبل ان يقبضه وصالحه عن العيب عَلَى عبد اخر وقبضهما المشتري ثم استحق احد العبدين رجع المشتري بحصة المستحق من الثمن ايهما كان كانه اشتراهما جميعاً ولو قبض العبد المشتري ثم وجد فيه عيباً فصالحه عنه عَلَى عبد ودفع الثمن ثم استحق العبد المشتري يبطل الصلح في العبد الثاني اه

﴿المادة ٣٤٠﴾ العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب الرد

بخلاف العيب الذي حدث قبل العقد وزال ثم عاد عند المشتري لما في البزازية لو كان فيه عرج فبرأ بمعالجة البائع ثم عاد عند المشتري لا يرده وقيل يرده ان عاد بالسبب الاول اه

﴿المادة ٣٤١﴾ اذا ذكر البائع ان في المبيع عيب كذا وكذا وقبل المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب

ولكن لو ظهر عيب اخر غير الذي سماه البائع فله رد المبيع به لانه حيث لم يذكر وقت البيع لم يكن المشتري راضياً به (رد محتار) وفي الهندية اشترى عبداً على ان به عيباً واحداً فوجد به عيبين وقد تعذر رده بموت او نحوه فعند ابي يوسف الخيار للبائع وعند محمد للمشتري يرجع بنقصان اي العيبين شاء فيقوم العبد وبه العيبان ويقوم وبه العيب الذي لا يريد الرجوع بنقصانه فيرجع بفضل ما بينهما وكذلك اذا وجد به ثلاثة عيوب وتعيب عنده بعيب زائد حتى تعذر الرد يرجع بنقصان العيبين من الثلاثة اي ذلك شاء عند محمد فيقوم وبه العيب الذي لا يريد الرجوع بنقصانه ويقوم وبه العيوب الثلاثة فيرجع بفضل ما بينهما ولو باع عبداً على ان لا عيب به لكن تبرأ اليه عن عيب واحد فاشتراه على ذلك وقبضه ثم وجد به عيبين وقد تعذر رده بسبب من الاسباب يرجع بنقصان اي العيبين شاء من قيمته صحيحاً بخلاف ما اذا لم يقل في الابتداء لا عيب به فان هناك يرجع بنقصان اي العيبين شاء من قيمته معيباً بالعيب الاخر اه

﴿المادة ٣٤٢﴾ اذا باع مالاً على انه بريءٌ من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب

ولا يشترط تسمية العيوب لان الابرا اسقاط حتى انه يتم بلا قبول والاسقاط لا تبطله جهالة الساقط لانها لا تفضي الى المنازعة (رد محتار) ويدخل في البراءة من العيوب العيب الموجود وقت البيع والعيب الحادث بعده قبل القبض لان الغرض من البرآة الزم العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة وذلك بالبرآة من الموجود والحادث (مجمع الانهر) وفي الخانية لو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والادواء وان تبرا من كل داء فهو على المرض ولا يدخل فيه الكي ولا اثر قرح قد برأ اه ولو اشترى عبداً فقال لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق بينهما بيع ثم وجد به عيب فله رده على بائعه ولا يمنعه من الرد اقراره السابق بعدم العيب لانه مجاز عن الترويج ولو عين العيب فقال لا عور به فلا يرده لاحاطة العلم به الا ان

يكون عيباً لا يحدث مثله كلا اصبع به زائدة ثم وجدها فله الرد لتيقن كذبه (تنوير) ولو كان مكان العبد ثوب وباقي المسالة بحالها لا تسمع دعوى المشتري ولا يرده على بائعه في الوجهين جميعاً (هندية)

﴿المادة ٣٤٣﴾ اذا اشترى مالاً وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك. مثلاً لو اشترى حيواناً بجميع العيوب وقال قبلته مكسراً محطماً اعرج معيباً فلا يبقى له بعد ذلك ان يدعي بعيب قديم فيه

ولو ان الوكيل بالشرا اشترى شيئاً ورضي بعينه لزم الموكل ان كان المبيع مع العيب يساوي الثمن المسمى والا فيلزم الوكيل (تنوير)

استطراد: اشترى شيئاً وضمن له رجل عيوبه فوجد به عيباً ورده فلا ضمان على الضامن عند ابي حنيفة لان ضمان العيب يقع على العهدة عنده فهو باطل وقال ابو يوسف هو ضمان للعيوب وهذا مثل ضمان الدرك في الاستحقاق فيصح (هندية) ولكن لو اشترى عبداً فضمن رجل للمشتري بحصة ما يجد فيه من العيب من الثمن قال ابو حنيفة وابو يوسف يجوز ذلك فاذا وجد به عيباً ورده على البائع كان له ان يرجع على الضامن بحصة العيب من الثمن كما يرجع على البائع (خانية)

﴿المادة ٣٤٤﴾ بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع اذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره. مثلاً لو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضى بالعيب فلا يرده بعد ذلك

ولو كان قد عرضه على البيع بامر البائع وكذا لو رضي بالعيب صريحاً كقوله رضيت بهذا المبيع او ببعضه او دلالة كقبضه المبيع بعد علمه بالعيب او قبض بعضه ان كان قيمياً وان كان مثلياً فالقبض رضى بما قبض فقط فله رد ما لم يقبضه وكلبس الثوب او ركوب الدابة ولو كان لبسه او ركوبه للتجربة كما في النهر وغيره ولا يرد عليه ان ما يفعل للتجربة لا يبطل خيار الشرط فلا ينبغي ان يبطل خيار العيب لانه فرق في الذخيرة بان خيار الشرط مشروع للاختبار والتجربة فما يفعل لاجل

ذلك لا يبطله بخلاف خيار العيب فانه شرع للرد ليصل الى راس ماله عند العجز عن الوصول الى الفائت فلا يحتاج الى ان يختبر البيع . ومما يكون رضى بالعيب مداواة المبيع او المداواة به اذا كان دواءً غير انه اذا داواه فلا يكون رضى الا بالعيب الذي يداوِيه فقط فلو ظهر بعد ذلك عيب آخر فله رد المبيع به كما لو راى عيباً فرضي به ثم رأى عيباً آخر كان له ان يرد به لانه قد يرضى بعيب دون عيب او بعيب واحد لا بعيبين وان داوى احد العيبين مع علمه بالعيب الآخر فلا يرده لما في جامع الفصولين شراه معيباً فرأى به عيباً آخر فعالج الاول مع علمه بالثاني لا يرده اه . وكذا الاجارة والعرض عليها والمطالبة بالغلة والرهن وسقي الارض وغرسها وزراعتها وكسح الكرم والبيع كلاً او بعضاً والهبة ولو بلا تسليم ودفع باقي الثمن بخلاف طلب الاقالة والاخذ بالشفعة واكل ثمر الشجر والركوب عَلَى الدابة لاجل ردها عَلَى البائع او لشراء العلف لها او لسقيها فان كل ذلك لا يدل على الرضى غير انه اذا عطبت الدابة في الطريق فيمتنع الرد و يرجع المشتري بنقصان الثمن (انظر المادة ٣٤٥) ولو قال البائع للمشتري انك ركبت الدابة لحاجتك وقال المشتري بل لاردها عليك فالقول للمشتري بيمينه وكذا لو قال ركبتها للسقي اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار . وفي الخانية رجل له عَلَى رجل الف درهم جياد فقضاه زيوفاً وقال انفقها فان لم ترج فردها عليَّ قال ابو يوسف له ان يردها عليه استحساناً بخلاف ما لو اشترى شيئاً فرآه معيباً فاراد ان يرده فقال له البائع بعهُ فان لم يُشترَ رده عليَّ فعرضهُ عَلَى البيع فلم يُشترَ منه لم يكن له ان يرده . وجه الفرق ان ما قبض من الدراهم ليس هو عين حقه بل مثل حقه وانما يصير حقاً لهُ اذا رضي به فاذا لم يرضَ به لم يصر حقاً لهُ فيكون القابض متصرفاً بملك الدافع فلا يبطل حق القابض اما في البيع فالمقبوض هو عين حق القابض الا انه معيب فلم يكن قول البائع بعهُ اذناً لهُ بالتصرف في ملك البائع فيبقى متصرفاً في ملك نفسهِ فيبطل حقه في الرد اه . وفي الهندية اشترى ثوباً فوجده صغيراً لا يمكن قطعهُ فاراد رده فقال له البائع اره الخياط فان قطعهُ والا رده عليَّ فاراه الخياط فاذا هو صغير لا يقطع فله الرد وكذلك الخف والقلنسوة اه

فروع : لو وجد في الدابة عيباً وهو في السفر فحملها او ركبها لم يكن ذلك دليلاً على الرضى (مجمع الانهر) . اشترى داراً فسكنها بعد ما علم بالعيب او رمَّ

منها شيئاً او هدم يسقط خياره . اشترى بقرة فشرب من لبنها ثم اطلع على عيب لا يردها ويرجع بنقصان العيب . اشترى شاة او بقرة مع ولدها فعلم بعيب ثم ارتضع منها الولد له ردها وان كان هو ارسل الولد عليها او احتلب من لبنها شيئاً فشربه او سقاه ولده بعد علمه بالعيب كان ذلك رضا بالعيب . اشترى شاة فجز صوفها بعد علمه بالعيب فهو رضا ولو اخذ من عرفها فليس برضا . اشترى جارية وقبضها وخاصم البائع في عيب الجارية ثم ترك الخصومة اياماً ثم خاصمه فقال البائع لمَ امسكتها طول المدة بعد ما اطلعت على العيب فقال المشتري انما امسكتها لانظر هل يزول العيب قال محمد بن الفضل ترك الخصومة لهذا لم يكن رضا بالعيب وله ان يردها على البائع وكذا اذا اراد الرد فلم يجد البائع فامسك المبيع واطعمه اياماً ولم يتصرف فيه تصرفاً يدل على الرضى ثم وجد البائع فله ان يرد المشتري في خيار العيب اذا قال للبائع ان لم ارد عليك اليوم فقد رضيت بالعيب فهذا القول باطل وله الرد اه والكل من الهندية . باع ما اشتراه فرد عليه بعيب كان عند البائع الاول فان رد عليه بقضاء القاضي كان له ان يخاصم بائعه ليرده عليه سواء كان الرد على المشتري الاول قبل قبض المشتري الثاني او بعده ما لم يحدث به عيب اخر عنده فيرجع حينئذ بالنقصان لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل في حق الكل فجعل البيع الثاني كأنه لم يكن [1] ولا فرق فيما اذا ثبت العيب بالبينة او باقرار المشتري الاول او نكوله وان رد عليه برضاه فلا يخلو من ان يكون الرد بعد قبض المشتري الثاني او قبله فان كان بعد القبض فلا يرده المشتري الاول على البائع الاول سواء كان المبيع عقاراً او منقولاً وسواء كان يحدث مثله او لا في الاصح لان الرد بالعيب بعد القبض اذا حصل بالرضا يكون

---

(١) رد المبيع بعيب بقضاء فسخ من الاصل في حق الكل الا في ثلاث مسائل: الاولى لو كان المبيع عقاراً فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان فسخاً لبطل . الثانية لو باع البائع المبيع بعد القضاء بالرد من غير المشتري وكان المبيع منقولاً لم يجز قبل قبضه ولو كان فسخاً لجاز اما لو باعه من المشتري ثانياً فيجوز (رد محتار) . الثالثة لو احال البائع غريماً على المشتري حوالة مقيدة بالثمن ثم رد عليه المبيع بعيب بالقضاء لا تبطل الحوالة استحساناً واما لو احال المشتري البائع بالثمن على اخر ثم رد المبيع بعيب بقضاء فتبطل الحوالة (طحطاوي)

اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث وفسخ في حق المتعاقدين والبائع الاول ثالثهما فصار في حقه كأن المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني فلا خصومة لهذا مع بائعه لا في الرد ولا في الرجوع بنقصان الثمن وان كان قبل القبض فله رده ان كان منقولاً وان كان عقاراً فلا لانه لما كان بيع المنقول لا يجوز قبل قبضه فلم يمكن جعل رده قبل القبض بيعاً جديداً في حق غير العاقدين فجعل فسخاً من الاصل في حق الكل . واما بيع العقار فحيث كان جائزاً قبل القبض فقد جعل رده قبل قبضه بيعاً جديداً في حق غير العاقدين اي البائع الاول الذي هو ثالثهما والوكيل بالبيع عَلَى هذا التفصيل فان رد البيع عليه بقضاء لزم الموكل ولو بالرضي لزمه دون الموكل وليس له بعد ذلك ان يخاصم موكله لان الرد بالرضا بمنزلة الاقالة ا ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار . اشترى شيئاً وتسلّمهُ ثم تقايلا البيع ولم يرد المشتري المبيع الى البائع حتى اشتراه منه ثانياً جاز فان وجد به عيباً قديماً كان لهُ ان يرده على البائع وليس للبائع ان يرده بعد ذلك على بائعه (خانية) . وفيها اشترى عبداً وقبضه فباعه من غيره ومات عند المشتري الثاني بعيب كان عند البائع الاول فان المشتري الثاني يرجع بنقصان العيب على البائع الثاني والبائع الثاني لا يرجع بنقصان العيب على البائع الاول لان البيع الثاني لا ينفسخ بالرجوع بنقصان العيب ومع بقاء البيع الثاني لا يرجع البائع الثاني على البائع الاول اه

﴿ المادة ٣٤٥ ﴾ لو حدث في المبيع عيب عند المشتري

سواء كان بفعل المشتري او بفعل المبيع او بآفة سماوية او بفعل البائع او اجنبي (طحطاوي)

ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري ان يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط

غير انه اذا كان العيب قد حدث بفعل البائع او بفعل اجنبي رجع المشتري عليهما بارش العيب الحادث ورجع عَلَى البائع بحصة العيب القديم من الثمن واذا حدث العيب بفعلهما قبل القبض خير المشتري سواء وجد بالمبيع عيباً قديماً ام لا بين اخذه مع طرح حصة النقصان وبين رده واخذ كل الثمن وكذا لو كان العيب بآفة سماوية او بفعل المبيع (ط. طاوي)

مثلاً لو اشترى ثوب قماش ثم بعد ان قطعه وفصله برودًا اطلع على عيب قديم فيه فليس له رده على البائع بالعيب القديم لان قطعه وتفصيله عيب حادث بل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط

ومثل ذلك لو اشترى حديدا ووضعه في الكور ليجربه بالنار فوجد به عيباً ولا يصلح لغرضه فانه يرجع بالنقصان ولا يرده وكذا لو بلَّ الجلود والابريسم فانه عيب آخر يمنع الرد (رد محتار) بخلاف ما لو شرى برذوناً وخصاه ثم علم بعيب فيه فان لهُ ان يرده لانه ليس بتعييب فلا يمنع الرد (خانية) . ثم ان الرجوع بنقصان الثمن انما يثبت اذا امتنع الرد بفعل غير مضمون من جهة المشتري كما في المثال الوارد في المتن اما اذا امتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري كأن قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان (رد محتار) وسيأتي تحقيق ذلك في المادتين ٣٤٨ و ٣٤٩ وشرحهما . فروع : اشترى شيئاً ثم وجده معيباً فرده على البائع ثم علم البائع بعيب حدث عند المشتري كان له ان يرد المبيع عليه بهذا العيب ويعطيه نقصان الثمن ويمسك المبيع ولا شيء له ولو حدث به عيب آخر عند البائع بعد الرد فيرجع البائع على المشتري بنقصان العيب الذي حدث عنده الا اذا رضي المشتري باسترجاع المبيع (خانية) اشترى شيئًا تولية ثم حدث به عيب عند المشتري وبه عيب قديم لا يرده المشتري على بائعه ولا يرجع بنقصان الثمن لانه لو رجع لصار الثمن الثاني انقص من الاول وشرط التولية ان يكون مثل الاول (رد محتار) نتف ريش الطائر المذبوح يمنع الرد بالعيب . اشترى كرماً فاثمر عنده فقطف ثماره ووضعها على الارض ثم وجد بالكرم عيباً لم يعلم به فان كان القطف لم ينقصه شيئاً فله الرد . اشترى ارضاً ليس لها خراج فوجد بها عيباً ثم وضع عليها الخراج لا يكون له ان يردها . اشترى داراً فباع بعضها ثم وجد بها عيباً لا يردها ولا يرجع بشيء . اشترى قدوماً وادخلهُ في النار ثم اطلع على عيب ليس له ان يرده ولو اشترى ذهباً فادخله النار ثم اطلع على عيب لهُ ان يرده . اشترى داراً فاستحق رجل فيها مسيلاً فان شاء المشتري امسكها بجميع الثمن وان شاء ردها فان كان قد بنى فيها بناء فله ان ينقض بناءه وليس لهُ ان يرجع بقيمته . اشترى جداراً مائلاً فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان اه والكل من الهندية

﴿ المادة ٣٤٦ ﴾ نقصان الثمن يصير معلوماً باخبار اهل الخبرة الخلوّ عن الغرض وذلك بان يقوّم ذلك الثوب سالماً ثم يقوّم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان . مثلاً لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً و بعد ان قطعه وفصله اطلع المشتري على عيب قديم فيه فقوّم اهل الخبرة ذلك الثوب سالماً بستين قرشاً ايضاً ومعيباً بالعيب القديم بخمسة وار بعين قرشاً كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة عشر قرشاً فيرجع بها المشتري على البائع ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالماً ثمانون قرشاً ومعيباً ستون قرشاً فبما ان التفاوت الذي بين القيمتين عشرون قرشاً وهي ربع الثمانين قرشاً فللمشتري ان يطالب بخمسة عشر قرشاً وهي ربع الثمن المسمى ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالماً خمسون قرشاً ومعيباً ار بعون قرشاً فبما ان التفاوت الذي بين القيمتين عشرة قروش وهي خمس الخمسين قرشاً يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى وهو اثنا عشر قرشاً

ولا بد ان يكون المقوم اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشتري . والمقوم الاهل في كل حرفة ويحتاج الى الفرق بين التقويم هنا وفي كل المواضع فانهم اكتفوا في تقويم المتلفات بتقويم واحد (طحطاوي عن البحر)

﴿ المادة ٣٤٧ ﴾ اذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجباً للرد على البائع

لان حق الرد لم يسقط وانما منع عنه مانع وهو العيب الجديد فاذا زال هذا المانع عاد الممنوع انظر المادة ٢٤

مثلاً لو اشترى حيواناً فمرض عند المشتري ثم اطلع على عيب قديم

فيه ليس للمشتري رده بالعيب القديم على البائع بل يرجع عليه بنقصان الثمن . لكن اذا زال ذلك المرض كان للمشتري ان يرد الحيوان للبائع بالعيب القديم الذي ظهر فيه

واذا كان المشتري قد اخذ نقصان الثمن قبل زوال العيب الحادث فيرد المبيع مع نقصان الثمن الذي اخذه ويسترد الثمن الذي دفعهُ (در مختار) وفيه لو رد المبيع بعيب بقضا او بغير قضا او تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشتري فللبائع الرد اه

﴿المادة ٣٤٨﴾ اذا رضي البائع ان ياخذ المبيع الذي ظهر به عيب قديم بعد ان حدث به عيب عند المشتري ولم يوجد مانع اخر للرد لا يبقى للمشتري ان يطالب بنقصان الثمن بل يجبر على رد المبيع الى البائع او قبوله بكل الثمن

وان اختار الرد فليس للبائع ان يطلب حصة نقصان العيب الذي حدث عند المشتري بل عليه ان يرد لهُ كل الثمن لسقوط حقه برضاه بالضرر (رد محتار)

حتى ان المشتري اذا باع المبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم لا يبقى له ان يدعي بنقصان الثمن . مثلاً لو ان المشتري قطع الثوب الذي اشتراه وفصله قميصاً ثم وجد به عيباً وبعد ذلك باعه فليس له ان يطلب نقصان الثمن من البائع لان للبائع ان يقول كنت اقبله بالعيب الحادث فلما باعه المشتري صار كانه قد امسكه وحبسه عن البائع

وكذا لو باع بعضه او اخرجه او اخرج بعضه عن ملكه بهبة او اقرار ولا فرق بين ما اذا باعه او وهبه بعد رؤية العيب او قبله وسواء كان ذلك لخوف تلفه او لا حتى لو وجد السمكة معيبة وغاب البائع بحيث لو انتظره لفسدت فباعها لم يرجع بشيء كما في القنية ولكن لو لم يبعه بل امسكه ولم يتصرف فيه تصرفاً على الرضى فانه يرد على البائع لو حضر وان هلك يرجع بالنقصان (خلاصة) واما لو تصرف المشتري

تصرفا لا يخرجه عن ملكه كما اذا اجره او رهنه ثم اطلع على عيب فيه رجع بنقصان الثمن الا اذا رضي البائع ان يسترده فحينئذ ينقض المشتري الاجارة ويرد المبيع وان كان مرهونا يرده بعد فكه (رد محتار)

تنبيه : لو غاب البائع فوجد المشتري المبيع معيباً فرفع الامر الى القاضي واثبت العيب عنده فوضعه القاضي عند عدل فهلك هلك على المشتري الا اذا قضى القاضي بالرد على البائع (تنوير) ونفقة الدابة وهي عند العدل على المشتري لكونه مالكا الا ان القاضي لا يجبره عليها (رد محتار عن الرملي)

﴿المادة ٣٤٩﴾ الزيادة وهي ضم شيء من مال المشتري الى المبيع مانعة من الرد . مثلاً ضم الخيط والصبغ الى الثوب بالخياطة والصباغة وغرس الشجر في الارض من جانب المشتري مانع للرد

سواء حصلت هذه الزيادة قبل القبض او بعده وتسمى الزيادة المتصلة غير المتولدة واما الزيادة المنفصلة المتولدة كالولد والثمر فتمنع الرد لو بعد القبض ولو قبله فلا بل يخير المشتري ان شاء ردها مع المبيع وان شاء رضي بهما بجميع الثمن واما الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والجمال والمنفصلة غير المتولدة كالغلة فلا يمنعان الرد مطلقاً (رد محتار)

﴿المادة ٣٥٠﴾ اذا وجد مانع للرد فليس للبائع ان يسترد المبيع ولو رضي بالعيب الحادث

لتعلق حق المشتري بالزيادة اذ لا يمكن فسخ البيع في المبيع فقط لان الزيادة لا تنفك عنه ولا يمكن اخذ المبيع مع الزيادة ولو رضي المشتري لحصول الربا لان الزيادة حينئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا (مجمع الانهر)

بل يلزمه نقصان الثمن حتى انه بهذه الصورة لو باع المشترى المبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان له ان يطالب بنقصان الثمن من البائع ويأخذه منه

وكذا لو اخرج المبيع عن ملكه بهبة او نحوها اذ لا يعد بيعه رضا بالعيب لثبوت حق الرجوع قبله ولا يعد ايضاً امساكاً للمبيع لامتناع الرد بالزيادة قبل البيع قال في الهندية واذا باع المشتري المبيع بعد ما علم بالبيع فالاصل في هذا ان في كل موضع لو كان المبيع قائماً على ملك المشتري وامكنه الرد عَلَى البائع اما بالرضا او بدونه فاذا ازاله عن ملكه بالبيع او ما اشبه لا يرجع بنقصان العيب وفي كل موضع لا يمكنه الرد لو كان المبيع قائماً على ملكه فاذا ازاله عن ملكه بالبيع او ما اشبه يرجع بنقصان العيب اه . وبناءً عَلَى هذا لو اشترى ثوباً فقطعه وخاطه لباساً لولده الكبير البالغ ثم اطلع على عيب قديم فيه كان له ان يرجع عَلَى بائعه بنقصان الثمن لان تمليك الثوب من ابنه الكبير لا يتم الا بالقبض شان كل التبرعات والحال ان الخياطة حصلت قبل القبض فمنعت الرد قبل تمام التمليك وحيث امتنع الرد بالخياطة قبل القبض فاذا تم التمليك بعد ذلك بالتسليم لا يكون المشتري حابساً للمبيع فثبت له حق الرجوع بالنقصان بناءً عَلَى ما مر من ان في كل موضع للبائع اخذ المبيع معيباً لا يرجع المشتري باخراجه عن ملكه والا رجع واما لو خاط الثوب لباساً لابنه الصغير فلا يرجع بنقصان الثمن لانه صار مملكاً له بالقطع قبل الخياطة اذ ان الهبة للصغير لايحتاج فيها الى القبض وحيث تم التمليك قبل حصول مانع الرد الذي هو الزيادة فيعد المشتري حابساً للمبيع في موضع يحق للبائع اخذه معيباً فلا يرجع بنقصان الثمن (طحطاوي بتصرف)

مثلاً : ان مشتري الثوب لو فصل منه قميصاً وخاطه ثم اطلع على عيب قديم فيه ليس للبائع ان يسترده ولو رضي بالعيب الحادث بل يلزمه اعطاء نقصان الثمن للمشتري ولو باع المشتري هذا الثوب ايضاً فلا يمنعه بيعه من طلب نقصان الثمن وذلك لان ضم الخيط وهو من مال المشتري الى المبيع صار مانعاً من الرد ولم يبقَ للبائع في هذه الحالة استرداد المبيع مخيطاً فلا يكون بيع المشتري حينئذٍ حبساً وامساكاً للمبيع

وكذا لو هلك المبيع او وقفه المشتري قبل الرضا بالعيب صريحاً او دلالة (در مختار) وذلك لان المشتري لم يكن حابساً للمبيع اذ ان امتناع الرد لم يكن بفعله بل بحكم الهلاك الذي ينتهيُ به الملك والشي بانتهائه يتقرر فكان بقاء الملك قائماً والرد

متعذراً وذلك موجب للرجوع والوقف كالهلاك لان به ينتهي الملك ايضاً (طحطاوي)
ومثل ذلك ايضاً لو اشترى ثوباً فلبسه حتى تخرق ثم اطلع على عيب فيه اي فله
الرجوع بالنقصان ايضاً عند ابي يوسف ومحمد وعليه الفتوى (در مختار) ولو اشترى
طعاماً (والمراد به الحنطة وما شاكلها من مكيل او موزون) فباع بعضه او اكل ثم
علم بعيب فان كان في وعائين فاكل ما في احدهما او باعه فانه يرد الباقي بحصته من الثمن
اتفاقاً لان المكيل والموزون بمنزلة اشياء مختلفة فكان الحكم فيه ما هو الحكم في العبدين
والثوبين ونحو ذلك (خانية) وان كان في وعاء واحد فاكله او اكل بعضه قبل علمه بالعيب او
اطعمه حيوانه او عبده او ما شاكلهما ممن لا اهلية فيه للملك رجع بنقصان الثمن في
صورة اكل الطعام كله ورد ما بقي ورجع بنقصان ما اكل في صورة اكل بعضه
وعليه الفتوى اما لو اطعمه ابنه او عياله او ضيفه فلا يرجع بشيء لان به حبس
المبيع بتمليكه منهم لانهم من اهل الملك كما لو باعه من غيرهم اما لو باع بعضه فعند محمد
يرد الباقي بحصته من الثمن ولا يرجع بنقصان ما باع وعليه الفتوى . والحاصل ان
المفتى به انه ان باع البعض او اكله يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل لا بنقص ما
باع والفرق انه بالاكل تقرر العقد فتقرر احكامه وبالبيع ينقطع الملك فتنقطع
احكامه فصار بمنزلة ما لو شرى غلامين فقبضهما وباع احدهما ثم وجد بهما عيباً يرد
ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع بالاجماع فكذا هنا عند محمد (رد محتار ملخصاً) وفيه
ان الاكل في مسالة الطعام وما شاكله من المكيلات والموزونات غير قيد بل مثله كل
تصرف لا يخرجه عن ملكه كما يعلم مما في البحر من انه لو كان المبيع غزلاً فنسجه
المشتري او فيلقاً فجعله ابريسماً ثم ظهر انه كان رطباً وانتقص وزنه رجع بنقصان
العيب بخلاف ما اذا باعه اه . وفي الخانية اشترى دقيقاً فخبز بعضه ثم علم انه كان مراً
له ان يرد الباقي ويرجع بنقصان عيب ما خبز اه . وفي الهندية اشترى نقرة من نحاس
فاذا بها فخرج منها حجر مثل ما يخرج من النحاس فله ان يمسك من الثمن بحسابه الا ان
يشاء البائع ان ياخذها كذلك ويرد الثمن اه

﴿المادة ٣٥١﴾ ما بيع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيباً فان كان
قبل القبض كان المشتري مخيراً ان شاء رد مجموعه وان شاء قبله بجميع
الثمن وليس له ان يرد المعيب وحده ويمسك الباقي

وكذا الحكم ايضاً لو قبض بعض المبيع فقط (تنوير) والسبب في ذلك ان في رد المعيب واخذ الباقي تفريق الصفقة قبل تمامها لانها لا تتم بقبض بعض المبيع فقط (رد محتار)

وان كان بعد القبض فان لم يكن في التفريق ضرر كان له ان يرد المعيب بحصته من الثمن سالماً وليس له ان يرد الجميع حينئذٍ ما لم يرضَ البائع. واما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمن. مثلاً لو اشترى قلنسوتين باربعين قرشاً فظهرت احداهما معيبة قبل القبض يردهما معاً وان كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن سالمة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن اما لو اشترى زوجي خف فظهر احدهما معيباً بعد القبض كان له ردهما معاً للبائع واخذ ثمنهما منه

ومثل ذلك لو شرى زوجي ثوب آلف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه (در مختار). والحاصل ان المبيع لا يخلو من ان يكون شيئاً واحداً او شيئين كواحد حكماً من حيث لا يقوم احدهما بلا صاحبه كمصراعي باب وزوجي خف او شيئين بلا اتحاد حكماً كثوبين وعبدين. ثم الحادث في المبيع نوعان عيب واستحقاق والاحوال ثلاثة قبل القبض و بعده و بعد قبض بعضه فقط فلو وجد في بعضه عيباً قبل قبض كله فالمشتري مخير بين اخذ الكل بثمنه او رد كله وليس لهُ ان يرد المعيب وحده بحصته من الثمن وكذا ليس للبائع ان ياخذ المعيب خاصة لتفرق الصفقة قبل القبض الا اذا تراضيا على رد المعيب فقط واخذ الباقي بحصته من الثمن فلهما ذلك ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه او فيما بقي عيباً فحكمه حكم الفصل الاول في كل ما مر اذ الصفقة لم تتم بعد سواء كان المبيع واحداً او اشياء ولو قبض المبيع كله فوجد ببعضه عيباً فان كان المبيع واحداً كدار وكرم وارض وثوب او كيلياً او وزنياً في وعاء واحد او شيئين كشيء واحد حكماً يخير بين اخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط اذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الاعيان وان كان المبيع شيئين او اكثر بلا اتحاد حكماً كثياب وعبيد او كيلياً او وزنياً في اوعية مختلفة فالمشتري مخير بين اخذ الكل بكل الثمن او

رد المعيب فقط برضا او قضا اذ الصفقة تمت فيصح تفريقها ولا يرد كل المبيع الا بتراضٍ وان استحق بعض المبيع فان كان قبل قبضه او بعد قبض بعضه يخير المشتري ان شاء رضي بالباقي بحصته من الثمن وان شاء رده لتفرق الصفقة قبل القبض وان كان بعد القبض يخير ايضاً اذا كان المبيع يضره التبعيض والا فياخذ الباقي بلا خيار ويرجع عَلَى البائع بحصة المستحق من الثمن اه ملخصاً عن رد المحتار راجع شرح المادة ٣٣٨

﴿المادة ٣٥٢﴾ اذا اشترى مقداراً معيناً من جنس واحد من المكيلات والموزونات ولم يقبضه ثم وجد بعضه معيباً كان مخيراً ان شاء قبله كله وان شاء رده كله

وكذا يخير ايضاً بعد قبض المبيع او بعد قبض بعضه وليس له ان يرد المعيب ويمسك الباقي الا اذا كان المبيع في وعائين فله ان يرد المعيب وحده كما صححه الزيلعي والعلامة قاسم لانه ارفق واقيس وعليه مشى في شرح الطحطاوي اما لو استحق بعض المكيل او الموزون فان كان قبل القبض او بعد قبض البعض فقط فيخير المشتري بين اخذ الباقي بحصته من الثمن حيث يبطل البيع في قدر المستحق وان كان بعد القبض فلا يخير بل ياخذ الباقي بلا خيار لان المكيل والموزون لا يضره التبعيض (در مختار) انظر شرح المادة ٣٣٨

﴿المادة ٣٥٣﴾ اذا وجد المشتري في الحنطة والشعير وامثالهما من الحبوب المشتراة تراباً فان كان ذلك التراب يعد قليلاً في العرف صح البيع ولزم وان كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس كان المشتري مخيراً

فان شآء اخذ الحنطة بكل الثمن وان شآء ردها ولو اراد حبس الحنطة ورد التراب او المعيب مميزاً ليس له ذلك (رد محتار) وفي الهندية اشترى حنطة فوجد فيها تراباً ان كان ذلك التراب مثل ما يكون في مثل تلك الحنطة ولا يعده الناس عيباً ليس له ان يرد ولا ان يرجع بنقصان العيب وان كان مثل ذلك التراب لا يكون في مثل تلك الحنطة و يعده الناس عيباً فله ان يرد الحنطة كلها ولكن لو اراد ان يميز التراب ويرده عَلَى البائع بحصته من الثمن و يحبس الحنطة ليس له ذلك هذا اذا لم يميز فلو ميز

فوجد ترابا كثيراً و يعده الناس عيباً فان امكنه ان يردها كلها على البائع بذلك الكيل لو خلط البعض بالبعض فله ان يرده وان لم يمكن الرد بذلك الكيل لو خلطها بان انتقص بالتنقية ليس له الرد ولكن يرجع بنقصان العيب وهو نقصان الحنطة الا ان يرضى البائع ان ياخذها ناقصة فله ذلك. وعلى هذا كل ما كان نظير الحنطة كالسمسم وغيره. ولو اشترى مسكا فوجد فيه رصاصاً يميز الرصاص ويرده على البائع بحصته من الثمن قلّ او كثر. جعل ابو يوسف لجنس هذه المسائل اصلاً فقال كل ما يسامح في قليله لا يميز كثيره وكل ما لا يسامح في قليله كان له ان يميز كثيره والرصاص في المسك لا يسامح في قليله فيميز كثيره ويسامح في قليل التراب فلا يميز كثيره وعامة المشايخ اخذوا بهذه الرواية اه

﴿المادة ٣٥٤﴾ البيض والجوز وما شاكلهما اذا ظهر بعضها فاسداً وكان مما لا يستكثر في العرف والعادة كالاثنين والثلاثة في المائة يكون معفواً وان كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة كان للمشتري رد جميعه للبائع واسترداد ثمنهُ منه كاملاً

وهذا اذا كان المشتري لم يكسره اما لو كسره فوجد بعضه فاسداً رجع بنقصان ما كسر ولا يرده لان الكسر عيب حادث انظر شرح المادة الاتية وان كسر بعضه فوجده معيباً ليس له ان يقيس الباقي عليه. قال في مجمع الانهر اشترى عدداً من البطيخ او الرمان او السفرجل فكسر واحداً واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لا غير ولا يرد الباقي الا ان يبرهن ان الباقي فاسد اه

﴿المادة ٣٥٥﴾ اذا ظهر جميع المبيع غير منتفع به اصلاً كان البيع باطلاً وللمشتري استرداد جميع الثمن من البائع

سواء كسر المبيع او لا لانه تبين ان المبيع ليس بمال فكان بيعه باطلاً انظر المادة ٢١٠ ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره لان ماليته باعتبار اللب بخلاف بيض النعامة اذا وجده فاسداً بعد الكسر فانه يرجع بالنقصان لان ماليته باعتبار قشره وهذا لو كان المبيع لا ينتفع به بالكلية اما لو كان المبيع ينتفع به بالجملة ولو علفاً للدواب فيصح البيع غير ان المشتري يرجع بنقصان الثمن لو كان قد كسره رفعاً للضرر بقدر

الامكان ولا يرده لان الكسر عيب حادث الا ان يقبله البائع مكسوراً ويرد الثمن (مجمع الانهر) ا

مثلاً لو اشترى جوزاً او بيضاً فظهر جميعه فاسداً لا ينتفع به كان للمشتري استرداد ثمنه كاملاً من البائع

تتمة في دعوى العيب والخصومة فيه واقامة البينة

قال في الهندية العيب نوعان ظاهر يعرفه القاضي بالمشاهدة كالقروح والعمى وباطن لا يعرف بالمشاهدة والظاهر انواع قديم كالاصبع الزائدة وحديث لا يحتمل الحدوث من وقت البيع الى وقت الخصومة كاثر الجدري وحادث يحتمل الحدوث من وقت البيع الى وقت الخصومة كالجراحات وحادث لا يحتمل التقدم على مدة البيع واما الباطن فنوعان نوع يعرف باثار قائمة كالثيابة والحبل ونوع لا يعرف باثار قائمة كالسرقة فان كانت الدعوى في عيب ظاهر يعرفه القاضي بالمشاهدة ينظر اليه فان وجده سمع الخصومة والا فلا فان كان العيب قديماً او حديثاً لا يحدث من وقت البيع الى وقت الخصومة كان للمشتري ان يرده لانا عرفنا قيامه للحال بالمشاهدة وتيقنا بوجوده عند البائع اذا كان لا يحدث مثله او لا يحدث في مثل هذه المدة الا ان يدعي البائع سقوط حق المشتري بالرضا او غيره ويكون القول فيه للمشتري بيمينه وان كان عيباً يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة ويحتمل التقدم عليها او كان مشكلاً فالقاضي يسأل البائع أكان به هذا العيب في يده فان قال نعم كان للمشتري حق الرد الا ان يدعي البائع سقوط حقه في الرد ويثبت ذلك بنكوله او بالبينة وان انكره فالقول له بيمينه ان لم يكن للمشتري بينة على كون هذا العيب عند البائع وان كان عيباً لا يحتمل التقدم على مدة العيب فالقاضي لا يرد المبيع على البائع واما اذا كان العيب باطناً فان كان يعرف باثار قائمة في البدن فان كان للقاضي بصارة بمعرفة الامراض ينظر بنفسه والا يسأل ممن له بصارة ويعتمد على قول عدلين وهذا احوط والواحد يكفي فاذا اخبره عدل واحد بذلك يثبت العيب بقوله في توجه الخصومة فيحلف البائع ولا يرد بقول هذا الواحد واذا ادعى البائع ان المشتري رضي بالعيب كيف يحلف المشتري اكثر القضاة على انه يحلف بالله ما سقط حقك في الرد من الوجه الذي يدعيه البائع لا صريحاً ولا دلالةً وهو الصحيح اه

الفصل السابع

في الغبن والتغرير

﴿ المادة ٣٥٦ ﴾ اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون ان يفسخ البيع الا انهُ اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع . ومال الوقف وبيت المال حكمهُ حكم مال اليتيم

لان بيع مال اليتيم وما عطف عليه بغبن فاحش باطل لا ينعقد اصلاً (درمختار) فلا يحتاج الى التغرير وفي الهندية برهن الوصي الثاني بان الوصي الاول باع مال اليتيم بغبن فاحش او باع العقار لقضاء الدين مع وجود المنقول يقبل ويبطل البيع اه اما لو اشترى الولي او الوصي بالغبن الفاحش فينفذ الشراء عليه (فصولين) لان الشرا متى وجد نفاذاً نفذ ولا يتوقف

﴿ المادة ٣٥٧ ﴾ اذا غر احد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذٍ

وكذا لو غر الدلال احد العاقدين فله ايضاً فسخ البيع اذا وجد فيه غبن فاحش اما لو غره اجنبي غير الدلال فلا يثبت لهُ حق الفسخ لان الاجنبي لا يعبأ بقوله (رد محتار) وفيه بقي لو غر المشتري البائع في العقار فاخذه الشفيع هل للبائع ان يسترد منه: ينبغي عدمه لانه لم يغره وانما غره المشتري اه وصورة التغرير ان يقول لههذا الفرس يساوي الفاً وقيمته كذلك وقددفع به فلان الفاً فلم ابعه فاشتراه المخاطب ثم ظهر ان قيمة الفرس اقل من القدر المعين للغبن الفاحش وان فلاناً لم يدفع بالفرس الفاً . اما لو ظهر كذب المتكلم في احد الامرين كما لو ظهر ان قيمة الفرس الف ولكن فلاناً لم يدفع به الفاً فذلك ليس بتغرير (حامدية)

﴿ المادة ٣٥٨ ﴾ اذا مات من غُر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه

لان خيار الغرور من الحقوق المجردة وهي لا تورث (در مختار) وكذا لو اقام

المغرور دعواه ولكنه مات قبل الحكم بها فالظاهر ان حق الفسخ لا ينتقل الى ورثته لموته قبل ان يتقرر حقه ولو مات الغار قبل ان يقيم المغرور دعواه بالغبن والتغرير فللمغرور ان يقيمها على ورثته وبه افتى شيخ الاسلام علي افندي

﴿ المادة ٣٥٩ ﴾ المشتري الذي حصل له تغرير اذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه

كما لو عرض المبيع للبيع او سقى الارض المبيعة او غرسها الى غير ذلك من التصرفات الدالة على الرضى راجع شرح المادة ٣٤٤ اما لو تصرف المشتري في المبيع قبل اطلاعه على الغبن الفاحش فلا يسقط حقه بالفسخ كما هو ظاهر لان تصرفه في هذه الصورة لا يدل على الرضى

﴿ المادة ٣٦٠ ﴾ اذا هلك او استهلك المبيع الذي بيع بغبن فاحش وغرر او حدث فيه عيب او بنى مشتري العرصة عليها بناءً لا يكون للمغبون ان يفسخ البيع

ولو كان ذلك قبل علمه بالغبن وكذا لو حدث به ما يمنع الرد او هلك بعضه او اخرجه عن ملكه ببيع لا خيار فيه للبائع او بهبة مع تسليم او اخذ منه بالشفعة لان اخراج المبيع عن ملكه بمنزلة الاستهلاك اذ ان تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات كما مرَّ في المادة ٩٨ اما لو باعه على انه بالخيار ثم اطلع على الغبن فله ان يرده لان البيع بشرط الخيار للبائع لا يتعلق به حق المشتري لانه لا يخرج المبيع عن ملك البائع انظر المادة ٣٠٨ وهذا كله اذا كان المبيع قيميًّا اما لو كان مثليًا فان استهلكه كلهُ فالحكم فيه كذلك وان استهلك بعضه فيرد ما بقي مع مثل ما اتلفهُ ويرجع بكل الثمن (در مختار)

الباب السابع

في انواع البيع واحكامه وينقسم الى ستة فصول

الفصل الاول

في انواع البيع

﴿ المادة ٣٦١ ﴾ يشترط في انعقاد البيع صدور ركنهِ من اهله اي العاقل المميز واضافتهُ الى محل قابل لحكمه

ركن البيع الايجاب والقبول ومحله المبيع اي انه يشترط في انعقاد البيع ان يكون العاقد عاقلاً مميزاً وان يكون المبيع قابلاً لحكم البيع بان يكون موجوداً ومقدور التسليم ومالاً متقوماً كما تقدم في المواد ١٩٧ و١٩٨ و ١٩٩

ثم اعلم ان شرائط البيع اربعة انواع شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم فالاول اربعة انواع في العاقد وفي المعقود عليه وفي نفس العقد وفي مكانه فشروط العاقد اثنان العقل والعدد فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل كما سيأتي في المادة ٣٦٢ ولا بيع وكيل من الجانبين لان حقوق العقد في المعاوضة عائدة الى العاقد فان تولى واحد طرفي العقد لكان مكلفاً بحقوق متناقضة وهي التسليم والتسلم بزمان واحد بحكم عقد واحد وهذا غير جائز شرعاً وعقلاً غير انه يجوز ان يتولى طرفي العقد الاب اذا كان محموداً او مستوراً ووصيه والقاضي والرسول من الجانبين كما قدمنا في شرح المادة ١٦٧ ولا يشترط في العاقل البلوغ والنطق والصحو فيصح بيع الصبي المميز موقوفاً على اجازة وليه وبيع الاخرس باشارته المعهودة كما مر في المادة ١٧٤ وبيع السكران وشراؤه . وشروط المعقود عليه ستة كونه موجوداً مالاً متقوماً مملوكاً في نفسه مقدور التسليم وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه وكون المبيع مشاراً اليه او الى مكانه اذا كان غير منظور وقت العقد كما مر في خيار الرؤية . وشرط العقد اثنان موافقة الايجاب للقبول وكونه بلفظ الماضي وشرط مكانه واحد وهو اتحاد المجلس فجملة شروط الانعقاد احد عشر

وشروط النفاذ اثنان الملك او الولاية وان لا يكون في البيع حق للغير فلا ينفذ

بيع الفضولي بل يتوقف على اجازة المالك كما سيأتي في المادة ٣٦٨ والولاية اما بانابة المالك كالوكالة او الشارع كولاية الاب ثم وصيه انظر المادة ٩٧٤ ولا ينفذ بيع المرهون والمأجور بل يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر

وشرائط الصحة اربع وعشرون منها عامة ومنها خاصة فالعامة هي شرائط الانعقاد الاحدى عشرة المارة لان ما لا ينعقد لا يصح وعدم التوقيت ومعلومية المبيع والثمن بما يرفع الجهالة وخلو البيع من شرط مفسد والرضا والفائدة فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزناً وصفة لعدم الفائدة انظر المادة ١٠٥ والخاصة معلومية الاجل والقبض في بيع الدين والمشترى المنقول ففسد بيع الدين قبل قبضه كالمسلم فيه وراس المال وفسد بيع المنقول قبل قبضه كما مر في المادة ٢٥٣ وشرح المادة ٢٥٢ وتسمية الثمن في المبادلة القولية فان سكت عنه فسد كما مر في المادة ٢٣٧ واستواء القدر في البدلين اذا كان من الاعواض الربوية والخلو عن شبهة الربا ووجود شرائط السلم فيه والقبض في الصرف قبل الافتراق وعلم الثمن الاول في المرابحة والتولية والوضعية

وشرائط اللزوم هي ما ذكر من شروط الانعقاد والنفاذ والصحة يزاد عليها خلو البيع من الخيارات المشروعة انظر المادة ٣٦٧ فصارت جملة شروط البيع خمسة وسبعين لان شروط الانعقاد احد عشر وشروط النفاذ اثنان وشروط الصحة اربعة وعشرون صارت سبعة وثلاثين وهي كلها شرائط اللزوم يزاد عليها الخلو من الخيارات فتصير خمسة وسبعين

﴿ المادة ٣٦٢ ﴾ البيع الذي في ركنه خلل كبيع المجنون باطل

ومثله بيع الصبي غير المميز وكذا شراؤهما (تنوير) بخلاف الصبي المميز فان بيعه وشراءه ينعقد موقوفاً على اجازة وليه ان كان لنفسه ونافذاً بلا عهدة عليه ان كان لغيره بطريق الولاية (طحطاوي) وانما يتوقف بيع الصبي المميز وشراؤه لنفسه اذا لم يكن بغبن فاحش والا لم يتوقف لانه حينئذ لا يصح من وليه عليه فلا يصح منه بالاولى (رد محتار)

﴿ المادة ٣٦٣ ﴾ المحل القابل لحكم البيع هو المبيع الذي يكون موجوداً ومقدور التسليم ومالاً متقوماً فبيع المعدوم وما

ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل

كبيع الميتة والحر راجع شرح المواده ٢٠٥و٢٠٩و٢١٠و٢١١ وقد ظهر من هذه المادة والتي قبلها ان الخلل اذا وقع في ركن البيع او في محله اعني المبيع كان مبطلاً فدخل تحت حكم هذه المادة بيع الوقف فانه باطل الا اذا ورد عليه غصب لا يمكن انتزاعه او كان يخشى هلاكهُ او بشرط استبداله بعقار آخر اكثر نفعاً وادر ريعاً على قول ابي يوسف المفتى به (رد محتار)

واذا بيع الملك مضموماً الى الوقف صح البيع في الملك بحصته من الثمن وبطل في الوقف (ملتقى) الا اذا كان الوقف مسجداً عامراً فالبيع حينئذٍ يبطل فيه وفيما ضم اليه ايضاً (در منتقى) وفيه لو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح اه اي لكون المسجد العامر يبطل ما ضم اليه لكن نقل في البحر عن المحيط ان الاصح صحة البيع في الملك لان ما في القرية من المساجد والمقابر مستثنى عادة اه اي فلم يوجد ضم الملك الى المسجد بل البيع واقع على الملك وحده (رد محتار) وفي الهندية ولو اشترى ملكاً وفيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد هل يشترط ذكر حدوده المختار انه لا يشترط وبه يفتى واستثناء الحياض وطريق العامة على هذا وفي المقبرة لابد من ذكر الحدود الا اذا كانت ربوة اه

﴿ المادة ٣٦٤ ﴾ اذا وجد شرط انعقاد البيع ولم يكن مشروعاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية كما اذا كان المبيع مجهولاً او كان في الثمن خلل صار البيع فاسداً

وعليه فالبيع الفاسد هو ما كان مشروعاً باصله دون وصفه كما لو باع مالاً متقوماً مقدور التسليم موجوداً لكنهما سكتا عن الثمن فالبيع فاسد لا باطل كما مر في المادة ٢٣٧ لان هذا البيع مشروع باصله الا انه عرض عليه وصف عارض مفسد وهو جهالة الثمن فافسده بخلاف البيع الذي صرح فيه بنفي الثمن فانه باطل كما قدمنا في شرح المادة المذكورة لانعدام الركن

﴿ المادة ٣٦٥ ﴾ يشترط لنفاذ البيع ان يكون البائع مالكاً للمبيع او وكيلاً لمالكه او وليه او وصيه وان لا يكون في المبيع حق آخر

وفي الهندية ويشترط ان يكون المبيع مملوكاً في نفسه وان يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه فلا ينعقد بيع الكلا ولو في ارض مملوكة له ولا بيع ما ليس مملوكاً له وان ملكهُ بعده الا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمنه نفذ بيعه ولو باع ملك غيره ثم اشتراه وسلم الى المشتري لم يجز ويكون باطلاً لا فاسداً وانما يجوز اذا تقدم سبب ملكهِ على بيعه حتى ان الغاصب اذا باع المغصوب ثم ضمنه مالكهُ جاز بيعه ولو اشتراه الغاصب من المالك او وهبه المالك منه او ورثه من المالك لا ينفذ بيعه قبل ذلك اه ٠ وفيها ارض القطيعة يجوز بيعها وهي التي اقطعها الامام لقوم وخصهم بها اه

﴾ المادة ٣٦٦ ﴿ البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض

الواقع باذن البائع صراحةً او دلالة ولم ينههِ البائع عنه (تنوير) لانه اذا وجدت الدلالة ونهاه عن القبض صريحًا فلا يصح القبض حينئذ لان لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح راجع المادة ١٣

يعني ان تصرف المشتري في المبيع يصير جائزاً حينئذٍ

بشرط ان لا يكون في البيع الفاسد خيار شرط للبائع فلو كان فيه لا يجوز للمشتري حينئذٍ ان يتصرف في المبيع (خانية) لان شرط الخيار للبائع يمنع وقوع الملك للمشتري راجع المادة ٣٠٨

﴾ المادة ٣٦٧ ﴿ اذا وجد في البيع احد الخيارات لا يكون لازماً

بل يبقى موقوفاً حتى سقوط الخيار فلو كان في البيع خيار عيب او رؤية فيدوم البيع غير لازم حتى يسقط المشتري خياره

﴾ المادة ٣٦٨ ﴿ البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على اجازة ذلك الآخر

وكما يتوقف بيع الفضولي يتوقف ايضاً شراؤُه على اجازة من اشترى له اذا اضاف الفضولي العقد الى المشترى له اما لو اضافه الى نفسه نفذ الشرا عليه (حموي). مثلاً لو قال البائع بعت مالي هذا من فلان الغائب بكذا فاجاب الفضولي وانا قبلتهُ لهُ بالثمن المذكور انعقد الشرا موقوفاً على اجازة فلان اما لو قال البائع للفضولي بعتك مالي هذا

لاجل فلان بكذا فاجاب قبلته او اخذت نفذ الشرآ على الفضولي لان الشرا متى وجد نفاذاً لا يتوقف ولهذا لو اشترى الوكيل بالشراء شيئاً بخلاف ما امره به موكله كان الشراء نافذاً عليه لا على موكلهِ انظر المواد ١٤٧٠ و ١٤٧١ و ١٤٨٠ و ١٤٨١

ثم اعلم ان تصرف الفضولي انما يتوقف اذا كان لهُ مجيز حال وقوعه فانه ينعقد موقوفاً على اجازته ولو كان المجيز العاقد نفسه كما لو باع مال اليتيم ثم جعله القاضي وصياً فاجاز ذلك البيع صح استحساناً وكذا لو باع مال غيره بدون اذنه ثم اجازه بعد وكالته صح ايضاً (جامع الفصولين) وما لا مجيز له حال العقد لا ينعقد اصلاً بيانه لو باع صبي غير مأذون شيئاً من ماله بثمن المثل ثم اجاز وليه هذا البيع او بلغ الصبي قبل اجازة وليه فاجاز البيع بنفسه جاز لان لهُ حالة وقوع العقد ولياً يملك الاجازة وكذا لو لم يكن لهُ ولي ولا وصي بل كان في بلدة واقعة تحت ولاية قاضٍ لان ولي الصغير حينئذٍ القاضي فيتوقف البيع على اجازته اما لو كان في بلدة ليست تحت ولاية قاض كديار اجنبية فلا ينعقد البيع اصلاً اذ لا مجيز له حال العقد وكذا لو كان للصغير ولي او وصي لكنهُ باع مالهُ بغبن فاحش او وهبه او تصدق به او شرى شيئاً باكثر من قيمته فاحشاً او عقد عقداً مما لو فعله وليه في صباه لم يجز عليهِ فهذه كلها باطلة لا تلحقها الاجازة اذ لا مجيز لها وقت العقد لانه كما لا يجوز لوليهِ ان يباشر هذه العقود لا تصح ايضاً اجازته لها ثم انه يشترط لانعقاد بيع الفضولي ثلاثة شروط الاول ان يبيع المال من غيره فلو باعه من نفسه فالبيع باطل لما مر من ان الواحد لا يتولى طرفي العقد . الثاني ان لا يشترط الخيار للمالك لان الخيار ثابت لهُ بدون شرط غير مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار لهُ مدة معلومة مخالفاً للنص ومضراً بالمالك لتحديد المدة الثالث ان لا يكون البدلان لمالك واحد كما لو كان لرجل فرس واتان فغصب زيد الفرس وعمرو الاتان ثم باع زيد الفرس من عمرو بالاتان فاجاز المالك لم يجز لان فائدة البيع ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد والبيع في هذه الصور الثلاث باطل واما لو غصبا ذلك من رجلين وتبايعا واجاز المالكان جاز وصارت الفرس لغاصب الاتان والاتان لغاصب الفرس وعلى غاصب الاتان قيمة الاتان لصاحبه وعلى غاصب الفرس قيمة الفرس لصاحبها (هندية ملخصاً)

وقد يتوقف ايضاً بيع المالك اذا باع مالهُ فمن ذلك بيع المرهون والمستأجر والارض الجارية في مزارعة الغير فاذا دفع ارضه مزارعة مدة معلومة على ان يكون

البذر من العامل وزرعها او لم يزرعها فباع صاحب الارض ارضه يتوقف بيعهُ على اجازة المزارع لانهُ في حكم المستأجر للارض اما لو كان البذر من المالك فينفذ البيع لو لم يزرع لان المزارع اجير لهُ ولو زرع لا لتعلق حق المزارع (جامع الفصولين) ثم اذا اجاز البيع المرتهن والمستأجر والمزارع نفذ ولكنهم لا يملكون فسخه بخلاف المشتري فانه يملك الفسخ ولو كان عالماً وقت الشرا بالرهن والاجارة و به يفتى ولو بيع المرهون من الراهن او المستأجَر من المستأجر لا يتوقف البيع بل ينفذ ولو بيع المأجور ورضي المشتري ان لا يفسخ الشرا الى مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع فليس لهُ مطالبة البائع بالتسليم قبل مضي مدة الاجارة ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم (رد محتار) ووقف ايضاً بيع المعتوه عَلَى اجازة وليه وبيع فاسد عقل غير رشيد وشراؤُه على اجازة القاضي على قول ابي يوسف ومحمد ورجحه في الخلاصة والخانية وبيع المالك مالهُ المغصوب على البينة او اقرار الغاصب بالغصب وبيع ما في تسليمه ضرر كبيع جذع من السقف عَلَى تسليمه في المجلس وبيع المريض لوارثه ولو بمثل القيمة على اجازة الورثة او على صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات به ولم تجز الورثة بطل وبيع الورثة التركة المستغرقة عَلَى اجازة الغرما وبيع احد الوكيلين او الوصيين او الناظرين على اجازة الاخر لو كان البيع بحضرته اما اذا كان بغيبته فالبيع باطل ووقف ايضاً بيع الشيء بقيمته او برقمه او بمثل ما اشترى فلان او باع فلان عَلَى معرفته في المجلس فان عرفه فيه نفذ والا بطل ووقف بيع وكيل الوكيل بلا اذن على اجازة الوكيل الاول وبيع الصبي بشرط الخيار على بلوغه في المدة فان بلغ فيها واسقط خياره نفذ والا بطل اه ملخصاً عن الدر المختار وحاشيته رد المحتار ووقف ايضاً بيع المبيع من غير مشتريه صورته باع شيئاً من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثاني حتى لو تفاسخا الاول لا ينعقد الثاني لكن يتوقف على اجازة المشتري الاول ان كان بعد القبض وان كان قبله في المنقول لا وفي العقار على الخلاف (درر) اي الخلاف بين الامامين ومحمد فان بيع العقار قبل قبضه صحيح عندهما خلافاً له وقد مر في المادة ٢٥٣ ترجيح قولهما

الفصل الثاني

في احكام انواع البيوع

﴿ المادة ٣٦٩ ﴾ حكم البيع المنعقد الملكية يعني صيرورة المشتري مالكاً للمبيع والبائع مالكاً للثمن

وهذا حكمهُ الاصلي والحكم التابع وجوب تسليم الثمن اولاً والمبيع ثانياً وثبوت حق الشفعه لو كان المبيع عقاراً (طحطاوي) والبيع ثابت بالادلة الاربعة الكتاب والسنة والاجماع والقياس (در مختار)

﴿ المادة ٣٧٠ ﴾ البيع الباطل لا يفيد الحكم اصلاً · فاذا قبض المشتري المبيع باذن البائع في البيع الباطل كان المبيع امانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدٍ لا يضمنه

وذلك لان العقد اذا بطل بقي مجرد القبض باذن المالك وهو لا يوجب الضمان الا بالتعدي (درر)

﴿ المادة ٣٧١ ﴾ البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض

الا في اربع بيع الهازل وفي شراء الاب من مال طفله لنفسه شراءً فاسداً وفي بيعه من ماله لطفله بيعاً فاسداً فلا يثبت الملك له في الصورة الاولى ولابنه في الصورة الثانية حتى يستعمل الاب المبيع لان قبضه حاصل فلا بد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث وعليه فيلزم في صورة الشرا لطفله ان يكون الاستعمال في حاجة الطفل (طحطاوي) الرابعة اذا كان المبيع بيعاً فاسداً موجوداً في يد المشتري قبل البيع على سبيل الامانة لا يملكهُ المشتري بهذا القبض (در منتقى) لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان اذ ان قبض المبيع مضمون بالثمن او بالقيمة ان كان فاسداً وقبض الامانة غير مضمون وهو اضعف من المضمون فلا ينوب عنه (رد محتار) فلو اشترى المستودع الوديعة من المودع شراءً فاسداً فلا يملكها المستودع الا بقبض جديد اي بالتخلية على الاصح

يعني ان المشتري اذا قبض المبيع باذن البائع صار مالكاً لهُ

اما لو قبضهُ بغير اذن البائع فان قبضه في مجلس البيع يصح استحساناً ويثبت الملك فيه للمشتري وان قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه لا قياساً ولا استحساناً ولا يثبت الملك فيه للمشتري (هندية) واذا ملك المشتري المبيع بالقبض تثبت كل احكام الملك فيصير خصماً لمن يدعيه لانه يملك رقبته و يثبت له حق الشفعة فيما بيع بجواره غير انه اذا كان للمبيع فاسداً جار ملاصق او خليط في نفس المبيع او شريك في حقوقه فلا يثبت لاحد منهم حق الشفعة فيه لان حق البائع لم ينقطع اذ ان البيع على شرف الفسخ اما اذا سقط حق الفسخ بان بنى المشتري في المبيع فيثبت فيه حينئذٍ حق الشفعة للشفيع (رد محتار)

فاذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان يعني ان المبيع اذا كان من المثليات لزمه مثله واذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه

لان الضمان وجب بالقبض لا بالعقد فوجب اعتبار القيمة وقت القبض واذا انقطع مثله فتلزم قيمته يوم الخصومة كما في المتون واذا اختلفا في القيمة فالبينة على البائع لانه يدعي الزيادة والقول للمشتري لانه ينكرها (در منتقى)

﴿ المادة ٣٧٢ ﴾ لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد

واذ مات احدهما لا يبطل حق الفسخ بموته بل ينتقل الى وارثه (غرر) غير انه يشترط في الفسخ علم العاقد الاخر لا رضاه ولا قضاء قاضٍ سواء كان الفساد في صلب العقد او بسبب شرط فاسد هذا عند الامامين لان الفسخ حق الشرع لاحق العاقدين وقال محمد اذا كان الفساد بسبب الشرط فلمن له منفعة الشرط ان يفسخ البيع بلا رضا الآخر واذا ان من عليه منفعة الشرط لا يفسخ الا بالقضا او الرضا (طحطاوي) واذا اصر البائعان على ابقاء البيع الفاسد فللقاضي ان يفسخه جبراً عليهما قضاء لحق الشرع كما في الدر المنتقي وغيره وكل مبيع فاسد رده المشتري على بائعه ببيع او هبة او بوجه من الوجوه كاعارة واجارة وغصب ووديعة ورهن فهو متاركة للبيع الفاسد وبرئ المشتري من ضمانه (تنوير) والاصل ان المستحق بجهة اذا وصل الى المستحق بجهة اخرى اعتبر واصلاً لجهة مستحقه ان وصل اليه من المستحق عليه واما اذا وصل

اليه من غيره فلا (در مختار) ولهذا لو ان المشتري فاسداً وهب المبيع او باعه من غير بائعه فباعه هذا الغير او وهبه من البائع الاول وسلمهُ لا يبرأ المشتري من ضمان قيمته ولا يعتبر المبيع واصلاً الى البائع لانهُ وصل اليه من غير المستحق عليه (طحطاوي) وفي الخانية رد المشتري المبيع على بائعه للفساد فلم يقبله البائع فاعاده المشتري الى منزله فهلك لا يضمنهُ ولكن لو وضعه المشتري بين يدي البائع فلم يقبله فاخذه المشتري وذهب به الى منزله فهلك فانه يضمنهُ اه والفرق ان في الصورة الاولى فعل المشتري الواجب عليهِ وفي الصورة الثانية لما وضعهُ بين يدي البائع فقد حصل القبض من البائع لان التخلية قبض في البيع الفاسد على الصحيح فاذا ذهب بهِ المشتري بعد ذلك بلا اذن البائع صار غاصبا فيضمنهُ بخلاف ما اذا ذهب بهِ قبل التخلية المذكورة لعدم حصول القبض من البائع فلم يصر غاصباً بالذهاب ولم يضمنهُ لوجود الرد الواجب عليهِ كما قلنا (رد محتار ملخصاً)

الا انه اذا هلك المبيع في يد المشتري او استهلكهُ او اخرجه من يده

ببيع صحيح

بات اذ لو باعه فاسداً او بخيار لم يمتنع الفسخ (در مختار) لان البيع فيهما ليس بلازم ولم يدخل المبيع في ملك المشتري في صورة الخيار

او بهبة من آخر

مع تسليم او وقفهُ وقفاً صحيحاً او رهنهُ وسلمه (تنوير) او جعله مهراً او بدل صلح واجارة (رد محتار)

او زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها او ارضاً فغرسها او تغير اسم المبيع بان كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصور

ووجب الضمان على المشتري لما مر من انه مضمون بالقبض (درر) ولو ان المشتري فاسداً اوصى بالمبيع لاخر صحت الوصية فان بقي الموصي حياً فللبائع حق استرداد المبيع وان مات بطل حقه فان الثابت للموصي له ملك جديد بخلاف الثابت للوارث فان مات المشتري فاسداً فللبائع ان يسترد المبيع من ورثته وكذا اذا مات البائع

فلورثته ولاية الاسترداد (هندية) ويمنع الفسخ ايضاً كل تصرف قولي غير الاجارة فانها لا تمنع الفسخ لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من الاعذار (طحطاوي) وكذا يمنع الفسخ ايضاً كل زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه كصبغ وخياطة ولت سويق بسمن وغزل قطن (در مختار) واما ما بقي من انواع الزيادة فلا يمنع الفسخ كالزيادة المنفصلة المتولدة كالولد والثمر والصوف فللبائع ان يستردها مع المبيع وان هلكت في يد المشتري فلا ضمان عليه ولو استهلكها ضمن ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فللبائع ان يسترد الزيادة وياخذ قيمة المبيع من المشتري (هندية) ولا يمنع الفسخ ايضاً نقصان المبيع في يد المشتري سواء كان بفعله او بفعل المبيع او بآفة سماوية بل يسترد البائع المبيع مع ارش النقصان ولو زال العيب استرد المشتري ارشه من البائع ولو كان النقصان بفعل البائع صار مسترداً حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع (جامع الفصولين) ولو نقص بفعل اجنبي خير البائع ان شاء اخذ ارش العيب من المشتري وهو يرجع على الجاني وان شاء اخذه من الجاني وهو لا يرجع على المشتري (رد محتار) ثم ان ما ذكرنا من موانع الفسخ انما يمنع منه اذا كان فساد البيع بغير الاكراه اما لو كان به فلا يمتنع حق الفسخ بوجه من الوجوه وللمكره ان ينقض كل تصرفات المشتري (مجمع الانهر) واذا امتنع الفسخ ثم زال المانع بسبب هو فسخ كالرجوع في الهبة او فك الرهن او رد المبيع بعيب بقضاء عاد حق الفسخ لو كان زوال المانع قبل القضاء بالقيمة لا بعده (در مختار) اما اذا زال المانع بسبب هو غير فسخ كما لو اشترى شيئاً شراء فاسداً ثم باعه من اخر بيعاً صحيحاً فرد عليه بعيب بالرضا او عاد المشتري فاشتراه او ادخله في ملكه بعقد جديد فلا يعود حق الفسخ (رد محتار بزيادة) لان تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات راجع المادة ٩٨

تتمة : اشترى جارية شراء فاسداً وقبضها باذن البائع فاراد البائع استردادها فاقام المشتري بينة انه باعها من فلان بكذا فان صدقه البائع فيه ضمنه قيمتها وان كذبه فيما قال كان له ان يستردها منه فان استردها ثم حضر الغائب وصدق المشتري كان له ان يستردها من البائع وان كان البائع الاول قد صدق المشتري فيما قال واخذ القيمة ثم حضر الغائب لم يكن للبائع الاول استرداد الجارية سواء صدق الذي حضر المشتري الاول او كذبه ولو قال بعتها من رجل ولم يسمه وكذبه البائع كان للبائع ان يستردها فان استردها ثم جاء رجل فقال المشتري عنيت هذا فان

كذب ذلك الرجل المشتري او صدقه فالاسترداد ماض (هندية)

﴿المادة ٣٧٣﴾ اذا فسخ البيع الفاسد وكان البائع قد قبض الثمن كان للمشتري ان يحبس المبيع الى ان ياخذ الثمن و يسترده من البائع

وكذا لو استاجر اجارة فاسدة ودفع الاجرة او ارتهن رهناً فاسداً ودفع المال الى الراهن ثم فسخ العقد كان له ان يحبس الماجور او الرهن حتى يقبض ما دفع بخلاف ما لو كان البدل في هذه العقود غير منقود كما لو اشترى من مديونه شيئاً بدينه شراء فاسداً او استاجر به عيناً اجارة فاسدة ثم فسخ البيع او الاجارة فليس للمشتري او للمستاجر حبس المبيع والماجور لاستيفاء دينهما ثم انه في الصورة الاولى حيث كان للمشتري والمستاجر والمرتهن بعد فسخ العقد الفاسد ان يحبسوا العين لاستيفاء ما نقدوا فاذا مات البائع او المؤجر او الراهن فهم احق بالعين من سائر غرماء الميت بل من تجهيزه ايضاً (در مختار) واذا مات المشتري فالبائع احق بالثمن حتى يسترد المبيع (رد محتار)

﴿المادة ٣٧٤﴾ البيع النافذ يفيد الحكم في الحال

﴿المادة ٣٧٥﴾ اذا كان البيع لازماً نافذاً فليس لاحد المتبايعين الرجوع عنه

﴿المادة ٣٧٦﴾ اذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار

﴿المادة ٣٧٧﴾ البيع الموقوف يفيد الحكم عند الاجازة

والاجازة تكون قولاً وفعلاً فالقول كقول المالك اجزت او احسنت او اصبت وكطلبه الثمن من المشتري وهبته منه (تنوير) غير انه ليس لهُ اخذ الثمن منه الا اذا ادعى ان الفضولي وكله بقبضه (رد محتار) والفعل كاخذ الثمن او اخذ صك به (جامع الفصولين) واما سكوت المالك عند بيع الفضولي فلا يعد اجازة وقبولاً (خانية) وكما ينفذ البيع الموقوف بالاجازة ينفذ ايضاً عند زوال المانع الذي منع نفاذه كما لو باع شيئاً مرهوناً او مأجوراً ولم يجز المرتهن او المستاجر البيع حتى مضت مدة الاجارة او

قضى الراهن الدين او ابرأه المرتهن منه نفذ البيع ولا يحتاج الى تجديد العقد ولو اجاز المستاجر البيع قبل نهاية مدة الاجارة وكان قد دفع الاجر معجلاً فلا ينزع الماجور من يده حتى يصل اليهِ ماله (هندية) وفيها باع الدار المؤجرة بغير رضا المستاجر ثم زاد المستاجر في الاجرة وجدد العقد ينفذ البيع الموقوف لان تجديد الاجارة يتضمن فسخ الاولى فينفذ البيع اه وفيها لو باع الراهن الرهن من رجل بغير اذن المرتهن ثم باعه من رجل اخر بغير اذن المرتهن ثم اجاز المرتهن احد البيعين نفذ البيع الذي لحقته الاجازة والثمن للمرتهن يستوفي منه دينه ولو كان مكان البيع الثاني رهن او اجارة واجاز المرتهن الرهن او الاجارة ينفذ البيع و يبطل الرهن والاجارة ولو باع الراهن الرهن وقبض الثمن ثم باعه من اخر قبل الفك ثم افتكه فالسابق اولى اه وفيها الغاصب اذا باع المغصوب من رجل ثم باعه المشتري من اخر حتى تداولته الايدي ثم ان المالك اجاز عقداً من العقود جاز ذلك العقد اه وفيها لو خاصم المالك الغاصب وقضي له ثم اجاز البيع يصح في ظاهر الرواية ولو لم يعلم قيام المغصوب فاجاز المالك البيع جاز في ظاهر الرواية

﴿ المادة ٣٧٨ ﴾ بيع الفضولي اذا اجاز صاحب المال او وكيله او وصيه او وليه نفذ والا انفسخ

ولو رد المالك بيع الفضولي ثم اجازه فلا تصح الاجازة لان المفسوخ لا يجاز بخلاف المستاجر لو قال لا اجيز بيع الاجر ثم اجازه صحت الاجازة ولو كان المالك اثنين فاجاز احدهما خير المشتري في حصته (در مختار) وقد تبين من هذه المادة بان للمالك الفسخ والاجازة واما المشتري فلا يملك سوى الفسخ فقط قبل الاجازة برضا البائع او قضاء الحاكم ولهذا لو دفع الثمن الى الفضولي عَلَى رجاء الاجازة فليس له استرداده منه حتى لو استحق المبيع قبل الاجازة فليس للمشتري نقض البيع بلا قضاء ولا رضا لان احتمال اقامة البينة من البائع عَلَى النتاج او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا حكم القاضي فيلزم العجز فينفسخ (رد محتار) وكذا يملك الفضولي ايضاً فسخ البيع قبل الاجازة ولا يحتاج فيه الى القضا او الرضا وذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد عليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته (طحطاوي) واذا اجاز المالك بيع

الفضولي قبل علمه بمقدار الثمن فلما علمه رد المبيع فالمعتبر اجازته لصيرورة الفضولي بالاجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن سواء علم المالك بالثمن او لم يعلم واذا نفذ البيع بالاجازة ملك المشتري المبيع مع زوائده الحاصلة بعد العقد وقبل الاجاز مثلاً لو كان المبيع فرساً فولدت مهراً او كان بستاناً فاثمرت اشجاره بعد العقد ثم اجاز المالك البيع ملك المشتري المهر والثمر حتى لو استهلكها قبل الاجازة فلا شيء عليه لان الملك تم له من وقت الشرا (در مختار)

الا انه يشترط لصحة الاجازة ان يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً فاذا كان احد المذكورين هالكاً لا تصح الاجازة

وكذا لو تغير المبيع بحيث يعد شيئاً آخر كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه فلا تصح الاجازة لانها كالبيع حكماً اما لو صبغه او كان المبيع داراً فانهدم بناؤها ثم اجاز المالك صح لبقاء الدار ببقاء العرصة (جامع الفصولين) ولو هلك المبيع ولم يعلم أكان هلاكه قبل الاجازة او بعدها فعلى قول ابي يوسف الثاني لا تصح الاجازة حتى يعلم قيامه عندها لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا تثبت مع الشك ولو اختلفا في الهلاك فقال البائع هلك بعد الاجازة وقال المشتري قبلها فالقول للبائع كما في جامع الفصولين واذا ثبت ان المبيع هلك قبل الاجازة فان كان قبل قبض المشتري بطل البيع وان بعده لم يجز بالاجازة وللمالك تضمين ايهما شاء وايهما اختار تضمينه ملكه ويبرأ الآخر فلا يقدر على ان يضمنه ثم ان ضمن المشتري بطل البيع لان اخذ القيمة كاخذ العين وللمشتري ان يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه اليه لا بما ضمن وان ضمن البائع فان كان قبض البائع مضموناً عليه بان قبضه بلا اذن مالكه نفذ بيعه بضمانه والثمن حينئذٍ له والمبيع يهلك على المشتري وان كان قبضه امانة وانما صار مضموناً عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه لان سبب ملكه تأخر عن عقده وحينئذٍ يرد الثمن للمشتري ويهلك المبيع عليه لا على المشتري لانه قبض المبيع باذن البائع ولو هلك المبيع في يد المشتري ثم ادعى المالك انه كان امر البائع ببيعه صدق واما لو ادعى ان البائع باع بغير امره الا انه لما بلغه اجاز البيع فلا يصدق الا ببينة (جامع الفصولين) ويشترط ايضاً لصحة الاجازة قيام الثمن لو كان عرضاً معيناً لانه مبيع من وجه فاذا هلك قبل الاجازة بطل بيع الفضولي ولا تلحقه

الاجازة ويضمن للمشتري مثل عرضه ان مثلياً وقيمته ان قيمياً لانه قبضه بعقد فاسد وان كان قائماً وقت الاجازة صحت وصار العرض ملكاً للفضولي فاذا هلك هلك عليه وانما توقف على الاجازة لان اجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد بمعنى ان المالك اجاز للبائع ان ينقد ما باعه ثمناً لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي لانه لما كان العوض متعيناً كان شراء من وجه والشرا لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذاً فيكون ملكاً له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تاثير اجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً لانه لما صار البدل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً له في ضمن الشرا فيجب عليه رد بدله كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمناً وان لم يجز قصداً واما اذا كان الثمن ديناً اي غير عرض فلا يشترط قيامه حين الاجازة وهو ملك المجيز امانة في يد الفضولي فاذا هلك في يده قبل الاجازة او بعدها فلا ضمان عليه لانه بالاجازة اللاحقة صار كالوكيل انظر المادة ١٤٥٣ من المجلة اما لو لم توجد الاجازة اصلاً وكان الفضولي قد قبض الثمن فهلك في يده فعليه مثله للمشتري اذا لم يعلم انه فضولي وان علم فلا شيء عليه اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

تتمة: لو باع الغاصب المغصوب من رجل فباعه المشتري من آخر فاجاز المالك بيع الغاصب او ادى الغاصب الضمان الى المالك او ورث المال المغصوب منه او اخذه هبة او صدقة منه نفذ بيع الغاصب وبطل بيع الذي اشترى منه لانه بالاجازة والضمان وتوابعهما طرأ ملك بات للمشتري من الغاصب على ملك موقوف للمشتري الثاني واذا ورد ملك بات على ملك موقوف ابطله واورد على هذا الاصل ان بيع الغاصب ينفذ باداء الضمان مع انه طرأ ملك بات للغاصب عَلَى ملك المشتري الموقوف ولم يبطله واجيب بان هذا غير وارد لان الاصل المذكور ليس على اطلاقه لما في البزازية عن القاعدي ونصه الاصل ان من باشر عقداً في ملك الغير ثم ملكه ينفذ عقده لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه وكذا لو باع ملك ابيه ثم ورثه نفذ وطرو البات انما يبطل الموقوف اذا حدث لغير من باشر الموقوف كما اذا باع المالك ما باعه الفضولي من غير الفضولي ولو ممن اشترى من الفضولي فان بيعه يبطل بيع الفضولي اما لو باع من الفضولي فلا اه. وعليه ففي مسألة بيع المشتري من الغاصب لو اجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشتري لان الملك البات للغاصب طرأ عَلَى ملك موقوف

باشره هو فانفذه وعلى ملك موقوف باشره غيره فابطله اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار ومن هذا القبيل ما لو باع المؤجر الماجور من رجل بغير اذن المستأجر ثم باعه من المستأجر جاز البيع من المستأجر و بطل البيع الاول ولو باعه من رجل ثم باعه من آخر فاجاز المستأجر البيع الاول والثاني نفذ البيع الاول و بطل البيع الثاني (هندية) وفي التنوير وشرحه للعلائي باع مال غيره بغير امره فبرهن المشتري على اقرار البائع الفضولي او على اقرار المالك انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم يقبل قوله للتناقض كما لو اقام البائع البينة انه باع بلا امر او برهن عَلَى اقرار المشتري بذلك فانه لا يقبل واصله ان من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وان اقر البائع ان المالك لم يأمره بالبيع ووافقه المشتري عَلَى ذلك انتقض البيع في حقهما لا في حق المالك ان كذبهما وان ادعى المالك ان البيع كان بامره فيطالب البائع بالثمن لانه وكيل لا المشتري اه

☼ المادة ٣٧٩ ☼ حيث لكل من البدلين في بيع المقايضة حكم المبيع تعتبر فيهما شرائط المبيع فاذا وقعت منازعة في امر التسليم لزم ان يسلم ويتسلم كل من المتبايعين معاً

الفصل الثالث

في السلم

هو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ومخالف للقياس لانه بيع المعدوم (درر) ويشترط لصحته اولاً ان يكون باتاً عارياً عن خيار الشرط ولكن لو شرط الخيار لاحدهما فابطل خياره قبل الافتراق بابدانهما وراس المال قائم في يد المسلم اليه ينقلب العقد جائزاً اما لو كان راس المال هالكاً فلا ينقلب العقد الى الجواز (هندية) . ثانياً ان يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد الى حلول الاجل بلا انقطاع في البين والانقطاع ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه في ذلك المصر ولا يعتبر الوجود في البيوت (خانية) . ثالثاً ان يعين العاقدان لتسليم المسلم فيه اجلاً معلوماً (ملتقى) ويبطل الاجل

بموت المسلم اليه لا بموت رب السلم فيؤخذ المسلم فيه من تركته حالاً (تنوير)وذلك لبطلان الاجل بموت المديون لا بموت الدائن ولذا شرط ان لا يكون المسلم فيه منقطعاً لتدوم القدرة على تسليمه فيما لو مات المسلم اليه (در مختار)٠رابعاً بيان قدر راس المال ان تعلق العقد بمقداره اي بان تنقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه كما اذا كان راس المال مكيلاً او موزوناً او عددياً متقارباً كالدراهم بخلاف ما لو كان ثوباً او حيواناً فتكفي الاشارة اليه والفرق انه اذا كان راس المال مكيلاً او موزوناً فربما يحتاج الى رده لعجز المسلم اليه عن تسليم المسلم فيه او بسبب فساد العقد فان لم يكن قدر راس المال معلوماً فيؤدي الى المنازعة اما لو كان ثوباً او حيواناً فيصير معلوماً بالاشارة اليه (رد محتار) وباقي شروطه مذكورة في المواد الآتية وحكم السلم ثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلاً بمقابلة ثبوت الملك في راس المال المعين او الموصوف معجلاً للمسلم اليه (درر) واذا صح السلم فاحضر المسلم اليه المسلم فيه فلا خيار لرب السلم الا ان يجده على خلاف المشروط فيجبر المسلم اليه على احضار ما وقع عليه العقد (هندية) ومثله في رد المحتار حيث قال ليس لرب السلم خيار الرؤية لانه لا يثبت فيما ملكه ديناً في الذمة

❋ المادة ٣٨٠ ❋ السلم كالبيع ينعقد بالايجاب والقبول٠ يعني اذا قال المشتري للبائع اسلمتك الف قرش على مائة كيل من الحنطة وقبل الاخر انعقد السلم

وينعقد ايضاً بلفظ البيع في الاصح (در مختار) كما ينعقد البيع والشرا بلفظ السلم ولم يحكَ في القنية خلافاً (رد محتار)

❋ المادة ٣٨١ ❋ السلم انما يكون صحيحاً في الاشياء التي تقبل التعيين بالقدر والوصف كالجودة والخسة

وذلك لان المسلم فيه دين لا يعرف الا بوصفهِ وتعيين مقداره فاذا لم يمكن ضبطه بهما فيكون مجهولاً جهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون وعلى هذا صح السلم في المكيلات والموزونات المثمنة كالحنطة والملح والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض واللبن والاجر وفي السمك المليح والطري حين يوجد بشرط ان يكون وزنه

ونوعه معلومين اما اذا كان السمك الطري ينقطع في بعض ايام السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا يصح فيه السلم في ايام الشتاء كما لا يصح في الحيوان واطرافه كالرؤوس والاكارع وفي الحطب والرطبة يجوز وزناً لا حزماً وجرزاً الا اذا ضبط بما لا يؤدي الى المنازعة كما اذا بين الحبل الذي يشد به الحطب (درر) ويجوز السلم في السمن كيلاً ووزناً ويصح في العدديات المتقاربة عدداً وكيلاً ووزناً وفي الكاغد عدداً ووزناً (هندية)

☀ المادة ٣٨٢ ☀ المكيلات والموزونات والمذروعات تتعين مقاديرها بالكيل والوزن والذرع

فيه لف ونشر مرتب اي ان المكيلات تتعين بالكيل والموزونات بالوزن الخ ومع هذا فيصح تعيين المكيلات بالوزن والموزونات بالكيل (رد محتار) . غير انه ينبغي ان يعلم مقدار المكيلات والموزونات والمذروعات بمقدار يؤمن فقده من ايدي الناس ولو علم قدره بمكيال بعينه كقوله بهذا الاناء بعينه او بهذا الزنبيل او بوزن هذا الحجر لا يجوز ان كان لم يعلم كم يسع الاناء ولا يعرف وزن الحجر وكذا الذرعيات ينبغي ان يعلم قدرها بذرع يؤمن فقده من ايدي الناس فان اعلمه بخشبة بعينها ولا يدري كم هي لا يجوز ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة (هندية)

☀ المادة ٣٨٣ ☀ العدديات المتقاربة كما تتعين مقاديرها بالعد تتعين ايضاً بالكيل والوزن

☀ المادة ٣٨٤ ☀ ما كان من العدديات كاللبن والآجر يلزم ان يكون قالبه ايضاً معيناً

وكذا اذا اسلم في البسط والحصر والبواري يشترط ان يبين ذراعاً معلوماً وصفة معلومة وصنعة معلومة وفي جلود البقر والغنم والابل يلزم ان يبين ضرباً معلوماً ولا يصح السلم في شيء من الجواهر واللؤلؤ اما الصغار من اللآلي التي تباع وزناً وتجعل في الادوية فيجوز السلم فيها وزناً ولا باس بالسلم في الصوف وزناً اما اذا اشترط

كذا جزة بغير وزن لم يجز ولو اسلم في صوف غنم بعينها لم يجز وكذلك البانها وسمونها واذا اسلم في الجذوع ضرباً معلوماً وسمى طوله وغلظه واجله والمكان الذي يوفيه فيه فهو جائز (هندية ملخصاً)

﴿ المادة ٣٨٥ ﴾ الكرباس والجوخ وامثالها من المذروعات يلزم تعيين طولها وعرضها ورقتها ومن اي شيء تنسج ومن نسج اي محل هي

﴿ المادة ٣٨٦ ﴾ يشترط لصحة السلم بيان جنس المبيع . مثلاً انه حنطة او ارز او تمر ونوعه ككونه يسقى من ماء المطر (وهو الذي نسميه في عرفنا بعلاً) او بماء النهر والعين وغيرها (وهو ما يسمى عندنا سقياً)وصفته كالجيد والخسيس وبيان مقدار الثمن والمبيع وزمان تسليمه ومكانه

انما يشترط تعيين مكان التسليم اذا كان للمسلم فيه حمل مؤنة والا فلا اتفاقاً (ملتقى) ولو عينا مكاناً تعين ولو شرطا الايفاء في مدينة ولم يعينا حياً فيها فله ان يسلمه في اية محلة شاء (در منتقى) وان اختلفا في مكان الايفاء فعلى قول ابي حنيفة القول للمسلم اليه ولا يتحالفان (خانية)

﴿ المادة ٣٨٧ ﴾ يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد فاذا تفرق العاقدان قبل تسليم راس مال السلم انفسخ العقد

والمقصود بالتفرق هنا التفرق بالابدان لا بالاقوال (در مختار) حتى لو سارا ميلاً او اكثر قبل القبض جاز ما لم يتفرقا بالابدان ولو ناما او نام احدهما ان كانا جالسين لم يكن ذلك فرقة لتعذر الاحتراز عنه وان ناما مضطجعين فهو فرقة (خانية) اما لو دخل رب السلم الى حجرته ليخرج الدراهم فان توارى عن المسلم اليه بطل السلم وان بحيث يراه لا (در مختار) وفيه وصحت الكفالة والحوالة والارتهان براس مال السلم اه . ولو اسلم الى رجل بدين له عليه لا يصح لان هذا بيع الدين بالدين ولكن لو نقد قبل الافتراق جاز وان اسلم بدين له على ثالث لا يجوز وان نقد قبل الافتراق (خانية) ولو اسلم مئة نقداً ومئة ديناً له على المسلم اليه في كر بر بطل العقد اتفاقاً في

حصة الدين فقط وصح في حصة النقد اتفاقاً ولم يشع الفساد لانه طارئ حتى لو نقد الدين في مجلس العقد صح (در منتقى)

تتمة : لا يجوز للمسلم اليه ان يتصرف في راس المال ولا لرب السلم ان يتصرف في المسلم فيه قبل القبض (تنوير) اما الاول فلما فيه من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق اما الثاني فلانه بيع منقول والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز (رد محتار) ولا يجوز للمسلم اليه ان يبرئ رب السلم فان ابرأه وقبل رب السلم البرأة بطل عقد السلم وان لم يقبل لا يبطل (هندية) وفيها اذا كان راس المال عيناً فوجده المسلم اليه مستحقاً او معيباً فان لم يجز المستحق او لم يرض المسلم اليه بالعيب بطل السلم سواء كان قبل الافتراق او بعده وان اجاز المستحق او رضي المسلم اليه بالعيب جاز السلم سواء كان قبل الافتراق عن قبض راس المال او لا ولا سبيل للمستحق على المقبوض وله ان يرجع على الناقد بمثله ان كان مثلياً اه اذا شرط كون المسلم فيه من النوع الجيد ولما احضره المسلم اليه اختلفا فيه فقال رب السلم انه ردي وقال المسلم اليه بل هو جيد عرض على اهل الخبرة وعمل بقولهم والواحد يكفي ولكن الاثنين احوط (انقروي ملخصاً)

الفصل الرابع

في الاستصناع

✵ المادة ٣٨٨ ✵ اذا قال رجل لواحد من اهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً . مثلاً لو ارى المشتري رجله لخفاف وقال له اصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع او تقاول مع نجار على ان يصنع له زورقاً او سفينة وبين طولها وعرضها واوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع

بيعاً لا عدة على الصحيح (اي صح على انه بيع لا على انه مواعدة ثم ينعقد عند

الفراغ بيعاً بالتعاطي واورد في النهر بان بطلانه بموت الصانع ينافي كونه بيعاً واجيب بانه انما بطل بموته لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتدا بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم (رد محتار) والمبيع في الاستصناع هو العين في الاصح لا عمل الصانع فلو اتى الصانع بما عمله غيره او بما صنعه هو قبل العقد فاخذه المستصنع صح لان المبيع العين لا عمله (ملتقى)

كذلك لو تقاول مع صاحب معمل على ان يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً وبين الطول والحجم وسائر اوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع

بشرط ان يكون الحديد من الصانع اذ لو كان من المستصنع كان العقد اجارة لا استصناعاً (در منتقى) انظر المادة ٤٢١ فقرتها الاخيرة

﴿ المادة ٣٨٩ ﴾ كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الاطلاق

اي سواء عينت المدة ام لا كالخف والقلنسوة والاواني المتخذة من الصفر والنحاس (هندية) وكالطست والقمقمة (درر)

اما ما لم يتعامل باستصناعه اذا بين فيه المدة صار سلماً وتعتبر فيه حينئذٍ شروط السلم واذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع ايضاً

انما يكون سلماً عند بيان المدة اذا بينت المدة على سبيل الاستمهال وحينئذ تعتبر فيه شروط السلم اما لو ذكرت المدة على سبيل الاستعجال كعلى ان تفرغه غداً كان استصناعاً لا سلماً (در منتقى)

﴿ المادة ٣٩٠ ﴾ يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب

بنوع يرفع الجهالة التي تفضي الى النزاع ولهذا ينبغي بيان جنسه ونوعه وقدره ووصفه (رد محتار)

﴿ المادة ٣٩١ ﴾ لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً اي وقت العقد

ولا يجبر المستصنع على اعطاء الثمن وان شرط تعجيله ولكن اذا انقلب سلماً فيما لا تعامل فيه فيشترط حينئذ دفع الثمن قبل الافتراق كما مر في المادة ٣٨٧

﴿ المادة ٣٩٢ ﴾ اذا انعقد الاستصناع فليس لاحد العاقدين الرجوع عنه واذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً

لفوات الوصف المرغوب فيه اما الصانع فلا خيار له مطلقاً لانه باع ما لم يره ولا خيار للبائع كما تقدم في المادة ٣٢٢

يبطل الاستصناع بوفاة الصانع او المستصنع لمشابهته للاجارة والاجارة تنفسخ بالموت (حموي على الاشباه)

الفصل الخامس

في احكام بيع المريض

﴿ المادة ٣٩٣ ﴾ اذا باع المريض في مرض موته شيئاً من ماله لاحد ورثته صار ذلك موقوفاً على اجازة سائر الورثة

او على عودة المريض الى الصحة سواء باعه بثمن المثل او بالغبن والمحاباة (رد محتار)

فان اجازوا بعد موت المريض نفذ البيع والا فلا

وان اجازوه قبل موت المريض لاتعتبر اجازتهم فلهم ان يرجعوا عنها (در مختار) لان حق الفسخ والاجازة انما يثبت لهم بعد الموت وكذا الحكم ايضاً في شراء المريض شيئاً من ورثته في مرض موته (جامع الفصولين) وسيجيء في المادة ١٥٩٥ من المجلة تعريف مرض الموت والمراد بالوارث هنا من كان وارثاً في وقت الموت لا

وقت البيع فلو باع المريض من اخيه وله اخوة ثم ولد له ابن ثم مات فبيعه من اخيه نافذ اذا كان بثمن المثل لان اخاه وقت الموت لم يكن وارثاً انظر المادة ١٥٩٩

﴿ المادة ٣٩٤ ﴾ اذا باع المريض في مرض موته شيئاً من اجنبي بثمن المثل صح بيعه وان باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيعه بيع محاباة يعتبر من ثلث ماله فان كان الثلث وافياً بها صح وان كان الثلث لا يفي بها لزم المشتري اكمال ما نقص من ثمن المثل واعطاؤه للورثة فان فعل لزم البيع والا كان للورثة فسخه. مثلاً لو كان رجل لا يملك الا داراً تساوي الفاً وخمسمائة قرش فباعها في مرض موته من اجنبي غير وارث له بالف قرش وسلمه اياها ثم مات كان هذا البيع صحيحاً معتبراً وليس للورثة فسخه لان ثلث ماله يفي بما حابى به وهو خمسمائة قرش واذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسمائة قرش وسلمها للمشتري فان ثلث ماله حينئذٍ وهو خمسمائة قرش يعادل نصف ما حابى به وهو الف قرش فكان للورثة والحالة هذه ان يطلبوا من المشتري ما حابى به مورثهم وهو خمسمائة قرش فان اداها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيع والا كان لهم الفسخ واسترداد الدار

وهكذا الحكم ايضاً فيما لو اشترى المريض من اجنبي مالاً باكثر من ثمن المثل اي اذا كان ما حابى به يخرج من ثلث تركته كان شراؤه نافذاً والا فللورثة ان يكلفوا البائع ان يرد لهم ما زاد من المحاباة على الثلث وان ابى فلهم فسخ الشراء واسترداد الثمن الذي دفعه مورثهم وهذا كله اذا لم يجز الورثة البيع او الشرا اما اذا اجازوا نفذ العقد وان اجاز بعضهم نفذ في حصته

﴿ المادة ٣٩٥ ﴾ اذا باع رجل في مرض موته ماله

اي من اجنبي لان بيعه من وارثه موقوف على افاقته من المرض او على اجازة

بقية الورثة سواء كان فيه محاباة او لا وسواء كانت تركته مستغرقة بالدين او لم تكن

باقل من ثمن المثل ثم مات مديوناً وتركتهُ مستغرقة كان لاصحاب الديون ان يكلفوا المشتري ابلاغ ثمن ما اشتراهُ الى ثمن المثل واكماله واداءه للتركة فان لم يفعل فسخوا البيع

ولو كان الغبن يسيراً سواء اجاز الورثة هذا البيع او لم يجيزوه (جامع الفصولين) وهكذا الحكم فيما لو اشترى المريض من الاجنبي مالاً باكثر من ثمن المثل اي فللغرماء ان يستردوا منه ما زاد على ثمن المثل وان ابى فلهم فسخ البيع واسترداد الثمن كله ولو باع وصي المديون تركته لدين بغبن يسير صح وهذا من اعجب المسائل اذ النائب ملك ما لا يملكه المالك (جامع الفصولين)

الفصل السادس

في بيع الوفاء

﴿ المادة ٣٩٦ ﴾ كما ان للبائع وفاء ان يرد الثمن ويأخذ المبيع كذلك للمشتري ان يرد المبيع ويسترد الثمن

واذا اتفق المشتري مع البائع على انه يرد له المبيع اذا رد له مثل الثمن في وقت كذا ثم جاء الوقت وامتنع البائع عن رد مثل الثمن فانه يؤمر ببيع المبيع وقضاء الثمن من ثمنه فان ابى باعه الحاكم عليه (حامدية) . واذا اختلف العاقدان فقال البائع بعته وفاء وقال المشتري باتاً او عكسا فالبينة على مدعي الوفا لانه يدعي خلاف الظاهر والقول لمدعي البات بيمينه الا اذا قامت قرينة على خلافه كما اذا ادعى المشتري البيع باتاً وكان في الثمن غبن فاحش فانه حينئذٍ لا يقبل قوله بيمينه لان الظاهر مكذب له الا ان يدعي تغير السعر (در مختار) ومثل ذلك لو وضع المشتري على الثمن ربحاً ثم ادعى انه اشترى المبيع باتاً فانه لا يصدق بيمينه (رد محتار) وفيه اذا كان البيع باتاً ثم ان المشتري وعد البائع برد المبيع اليه اذا رد له الثمن فان كان الثمن ثمن المثل او فيه غبن يسير كان البيع باتاً ولا يلزم المشتري الوفا بما وعد به ، نص عليه في الحاوي

الزاهدي وبه افتى في الخيرية والحامدية. وان كان البيع بغبن فاحش مع علم البائع به فهو رهن وكذا لو وضع المشتري على أصل المال ربحاً افاده في البزازية وذكر في موضع اخر انه لو آجره من البائع قال صاحب الهداية الاقدام على الاجارة بعد البيع دل على انهما قصدا بالبيع الرهن لا البيع فلا يحل للمشتري الانتفاع به اه. وفي حاشية الرملي على الفصولين الفتوى على ان البيع اذا اطلق ولم يذكر فيه الوفا الا ان المشتري وكّل بعد العقد وكيلاً بفسخه مع البائع عند اداء مثل الثمن فهو بيع بات لا رهن اذا كان البيع بمثل الثمن او بغبن يسير وان كان بغبن فاحش فهو رهن لكن يشترط ان يعلم البائع بالغبن وقت البيع فاما اذا ظن وقت البيع بعشرين ان قيمته عشرون وهو يساوي اربعين فهو بيع بات لانا انما نجعل البيع بنقصان فاحش رهناً بظاهر حاله انه لا يقصد البيع البات مع علمه بالغبن الفاحش واذا لم يعلم فظاهر حاله لا ينفي ذلك اه. وفي جامع الفصولين تبايعا بلا ذكر شرط الوفا ثم شرطاه يكون بيع وفاء اذ الشرط اللاحق يلتحق باصل العقد عند ابي حنيفة اه ولكن لو باعه وفاء وسلمه وشرط انقلاب البيع باتاً اذا لم يؤدِ الدين في الاجل المعين فالشرط باطل ولا يصير البيع باتاً (علي افندي)

﴿ المادة ٣٩٧ ﴾ ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء من آخر

فان باعه البائع توقف بيعه على اجازة مشتريه وفاً (در مختار) فان اجاز المشتري البيع وله حق الشفعة بطل حقه بخلاف المستاجر اذا اجاز البيع فانه لا يبطل حق شفعته لان له ملك المنفعة والاخر ملك الرقبة (جامع الفصولين) وان باعه المشتري من اخر وسلمه فللبائع او ورثته استرداده من المشتري الثاني لان حق الحبس وان كان للمشتري الاول لكن يد المشتري الثاني مبطلة فللمالك اخذ ملكه من المبطل وللمشتري الاول بعد ذلك ان يسترده ليعيد يده عليه حتى يستوفي الثمن الذي دفعه (رد محتار) وكذا اذا مات البائع والمشتري الاول والمشتري الثاني ولكلٍ ورثة فلورثة المالك ان يستخلصوه من ايدي ورثة المشتري الثاني ولورثة المشتري الثاني ان يرجعوا بما اداه من الثمن على بائعه في تركته التي في ايدي ورثته ولورثة المشتري الاول ان يستردوه ويحبسوه بدين مورثهم الى ان يقضوا الدين (هندية)

تتمة : الكفالة بمال الوفا تصح مضافة لا في الحال اذ المال يجب على البائع بعد

الفسخ لا في الحال (انقروي عن البزازية) . وفي جامع الفصولين في بيع الوفا لو باع ولم يقبض الثمن لا يتمكن من بيعه ثانياً من غيره الا باجازة المشتري او فسخ البيع اما لو باع الكل وفاءً وقبض ثمنه ثم ادى نصف الثمن الى المشتري يتمكن من بيع نصف المبيع بلا اجازة لما مر من انه ينفسخ البيع في النصف بقبض نصف الثمن

☀ المادة ٣٩٨ ☀ اذا شرط في بيع الوفاء ان يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك

وان لم يشترط ذلك فليس للمشتري ان ينتفع بالمبيع لانه في يده كالرهن في يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له الانتفاع به الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من شجره ولا فرق بين بيع الوفاء والرهن في حكم من الاحكام ولهذا لا يؤخذ المبيع وفاء بالشفعة ولو بيعت ارض بجنبه فالشفعة فيها لبائعه لا لمشتريه وان كانت في يد المشتري لان الشفعة للراهن وان كان الرهن في يد المرتهن (جامع الفصولين) وفيه وفي الخيرية اما لو اجر المشتري المبيع وقبض اجرته واستهلكها بدون اذن البائع فلا يضمن اه

مثلاً لو اتفق البائع والمشتري وتراضيا على ان الكرم المبيع بيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صح ولزم الوفاء بذلك على الوجه المشروح

راجع المواد ٨٣ و ١١٨ و ١١٩ . وفي جامع الفصولين ولو شرى كرماً على ان يكون له من ثمره نصفه او ثلثه فنقض البيع قبل ادراك الثمر فلو خرج الثمر وصار له قيمة تقسم قيمة الثمر على المدة فللمشتري على البائع حصة ما مضى من المدة ولو لم يخرج الثمر اصلاً ليس له ان ياخذ من البائع شيئاً ولو مضى بعض السنة ولو ادركت الغلة فاخذها المشتري ليس له نقض البيع وطلب الثمن حتى تتم السنة من وقت البيع الا اذا اراد ان ياخذ منه نصيب ما مضى و يترك عليه نصيب ما بقي من المدة فله ذلك اه . وفيه باع ارضاً بيع وفا وفيها زرع وشرط الزرع في البيع ودفعه الى المشتري ثم تفاسخا البيع فللبائع ان يطالب المشتري بقيمة الزرع اه . وفيه باع ارضاً بيع وفا فزرعها المشتري ثم ادى البائع مال الوفا الى المشتري حتى انفسخ البيع والزرع بقل فان ادى البائع بطلب المشتري يجبر المشتري على تفريغ الارض وان ادى بلا طلبه تترك الارض في

يد المشتري باجر المثل حتى يدرك الزرع اه وفي فتاوى علي افندي عن العمادية باع نصف كرمه من اخر بيع وفا وادركت الغلات فاخذ البائع نصفها والمشتري نصفها فان اخذها المشتري بغير اذن البائع كان للبائع ان يطالبه بها وان كان قد اخذها باذنه فليس للبائع ان يطالبه بشيء و يكون ذلك هبة منه وعطية اه. قلت واستفيد من هذا صحة بيع المشاع وفاء ولكن نقل حيدر افندي عن عبد الرحيم عدم صحة البيع ثم قال انه فاسد سوآ كان المبيع قابلاً للقسمة او لا وسوآ باع من شريكه او من اجنبي ولا فرق بين ان يكون الشيوع طارئاً او مفارقاً ولكنه اذا كان البيع سابقاً على الدين فحكم الفاسد كحكم الصحيح اه انظر اخر فقرة من شرح المادة ٧١٠

✷ المادة ٣٩٩ ✷ اذا كانت قيمة المال المبيع وفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته

قوله في يد المشتري قيد احترازي اذ لو هلك في يد البائع فلا يسقط الدين الا في صورة واحدة وهي ما لو استأجر البائع المبيع من المشتري (راجع مادة ١١٩) وتسلمه منه بحكم الاجارة فهلك في يده بدون تعديه لان يد البائع حينئذٍ كيد المشتري

✷ المادة ٤٠٠ ✷ اذا كانت قيمة المال المبيع وفاً ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي واخذه من البائع

ولا فرق هنا وفي المادة السابقة فيما اذا هلك المبيع قضاء او استهلكه المشتري

✷ المادة ٤٠١ ✷ اذا كانت قيمة المال المبيع وفاءً زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة ان كان هلاكه بالتعدي . اما اذا كان بلا تعدٍ فلا يلزم المشتري اداء تلك الزيادة

✷ المادة ٤٠٢ ✷ اذا مات احد المتبايعين وفاءً انتقل حق الفسخ للوارث

﴿ المادة ٤٠٣ ﴾ ليس لسائر الغرما التعرض للمبيع وفاءً ما لم يستوفِ المشتري دينه

لم تذكر في المجلة احكام الاستحقاق مع ان مسائله كثيرة الوقوع فلاجل تعميم الفائدة افردت له باباً مأخوذاً عن اجل الكتب التي يعتمد عليها

باب الاستحقاق

الاستحقاق نوعان احدهما مبطل للملك بالكلية بحيث لا يبقى لاحد عليه حق التملك كالعتق والحرية الاصلية وثانيهما ناقل للملك من شخص الى آخر كالاستحقاق بالملك كما اذا ادعى زيد شيئاً في يد بكر وبرهن عليه فاذا قضى له الحاكم بالمدعى به ينتقل من ملك بكر الى ملكهِ. والنوعان متفقان في جعل المستحق عليهِ ومن تلقى الملك منهم مقضياً عليهم حتى لو ادعى احدهم عَلَى المستحق بالملك المطلق لا تسمع دعواه. غير انهما يختلفان بوجه آخر اذ النوع الاول يوجب انفساخ العقود الجارية بين الباعة بلا حاجة في انفساخ كل منها الى حكم القاضي وذلك باتفاق الروايات وعليه فلكل من الباعة الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه المشتري منه لعدم اجتماع الثمنين في ملك واحد لان بدل الحر لا يملك ولكل من الباعة ايضاً الرجوع على الكفيل بالدرك وان لم يحكم على المكفول عنه والحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع بعد ذلك دعوى الملك من احد (درر ملخصاً). واختلفوا في القضاء بالوقف، قيل كالحرية الاصلية وبه افتى ابو السعود وجزم به في المجيبة وقيل لا فتسمع به دعوى ملك آخر او وقف آخر واختاره صاحب التنوير وقاضي خان وصححه العمادي وابن الغرس. والنوع الثاني لا يوجب انفساخ العقود بل توقفها على اجازة المستحق لانه لما كان لا يوجب بطلان الملك للمشتري فلم يكن مجرد القضاء به موجباً لنقض العقود بل لتوقفها على اجازة المستحق او فسخه فلو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبضه قبل رجوع المشتري على بائعهِ صحت الاجازة ورجع المستحق بالثمن عَلَى البائع لا على المشتري (طحطاوي بتصرف). والحكم به حكم على ذي اليد وعَلَى من تلقى ذو اليد الملك منه ولو مورثه فيتعدى الى بقية الورثة (اشباه) ولكن هذا مشروط بما اذا ادعى ذو اليد الشرا منه او الارث عنه كما اذا قال المشتري في جوابه عَلَى دعوى المستحق ان هذا ملكي اشتريته من فلان او ورثته من ابي فيسري الحكم حينئذٍ على

بائعه او على باقي الورثة فلا تسمع دعوى الملك منهم بل دعوى النتاج او تلقي الملك من المستحق بواسطة او بدونها و يبطل الحكم ان اثبتوها واما اذا لم يدع ذو اليد الشرا او الارث بان قال في جوابه على دعوى المستحق هذا ملكي ولم يزد عليه فلا يسري الحكم على البائع و بقية الورثة كما نص عليه في الجامع الكبير . وصورته دار بيد رجل يدعي انها له فجاء اخر يدعيها وقضي له بها ثم جاء اخو المقضي عليه وادعي انها كانت لابيه تركها ميراثاً له وللمقضي عليه فتسمع دعواه ويحكم لهُ بنصف الدار ان اثبت دعواه لان اخاه المحكوم عليه لم يقل انها ملكي لاني ورثتها من ابي ليصير اخوه الثاني مقضياً عليه . ومثل ذلك لو اقر الاخ المقضي عليه انه ورثها من ابيه بعد انكاره واقامة البينة من المستحق ولو اقر بالارث قبل اقامة البينة لا تسمع دعوى الاخ قال في البحر عن الخلاصة اذ صار المورث مقضياً عليه في محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود ، ان ادعى الارث من هذا المورث لا تسمع وان ادعى مطلقاً تسمع (رد محتار ملخصاً) ولو استحق المبيع من المشتري واراد الرجوع بثمنه عَلَى البائع فبرهن البائع على النتاج او عَلَى تلقيه من المستحق او نحوه لا يشترط حضرة المستحق لسماع البينة وهو الاظهر والاشبه (جامع الفصولين) واذا استحق المبيع بعد ان تداولته الايدي لا يرجع احد المشترين عَلَى بائعه ما لم يرجع عليه المشتري منه لئلا يجتمع الثمنان في ملك واحد لان بدل المستحق مملوك (در مختار) ولا يرجع ايضاً على الكفيل بالدرك ما لم يقض على المكفول عنه بالثمن لانه الاصل ومنه يسري الحكم الى الكفيل (درر) واذا اراد المشتري الرجوع على بائعه بعد ان رجع اليه فلا يحتاج الى اعادة البينة او الى حكم القاضي بالزام البائع بالثمن بل له الرجوع على بائعه بدون ذلك ولو كان دفع الثمن الى المشتري منه بلا الزام قاض وهو قول محمد المفتى به (حامدية) . غير انه انما يثبت له الرجوع اذا لم يبرئه البائع من الثمن قبل الاستحقاق فلو ابرأه البائع ثم استحق المبيع فلا يرجع على بائعه بشيء لانه لا ثمن له عَلَى بائعه و كذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض لتعذر الرجوع على الذي ابرأ مشتريه . اما لو ابرأ المشتري البائع من الثمن بعد الحكم له بالرجوع او صالحه علي شيء قليل فللبائع ان يرجع على بائعه بالثمن الذي دفعه له لان المانع من الرجوع اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ولم يوجد لزوال المبدل عن ملكه ولو حكم للمستحق فصالح المشتري ليأخذ المشتري بعض الثمن من المستحق ويدفع اليه المبيع ليس له ان يرجع بالثمن على بائعه لانه بالصلح ابطل حق

الرجوع واما اذا دفع المشتري الى المستحق شيئاً وامسك المبيع فيثبت لهُ حق الرجوع على بائعه لانه صار مشترياً من المستحق (جامع الفصولين)

تنبيه : علم المشتري عند البيع بكون المبيع ملك الغير لا يمنع رجوعه على بائعه بالثمن عند الاستحقاق (تنوير)

وانما يثبت للمشتري حق الرجوع بالثمن على بائعه بشرطين : الاول ان يبرهن المستحق على المشتري ان العين ملكهُ ولا يوقت او يوقت وقتاً اقدم من تاريخ الشراء اما لو وقت باقل من مدة الشراء كما لو اشترى شيئاً فمكث عنده سنة ثم برهن آخر انه له منذ شهر وقضى له فان المشتري لا يرجع على بائعه بالثمن لانه ظهر ان البائع باع ملك نفسه ثم استحق بسبب حدث عند المشتري (جامع الفصولين) . الثاني ان يكون الاستحقاق بالبينة لانها حجة متعدية اما اذا كان الاستحقاق باقرار المشتري او بنكوله او باقرار وكيله بالخصومة فلا رجوع (تنوير) . لان الاقرار حجة قاصرة راجع المادة ٧٨ . واذا اقر المشتري ثم برهن المستحق قبل الحكم او بالعكس فيجعل الحكم قضا بالبينة ليتمكن المشتري من الرجوع على بائعه (در مختار بزيادة) . ولو عدَّل المشتري شهود المستحق او عدلهم وكيله بالخصومة قال ابو يوسف اسال عنهم فان عدلوا رجع المشتري بالثمن والا فلا لانه كالاقرار واذا ثبت الاستحقاق باقرار المشتري او نكوله فبرهن ان المبيع ملك المستحق ليرجع بثمنه على البائع لا يقبل للتناقض لانه لما اقدم على الشراء فقد اقر انه ملك البائع فاذا ادعى لغيره كان تناقضاً يمنع دعوى الملك ولانه اثبات ما هو ثابت باقراره فلغا اما لو برهن على اقرار البائع انه للمستحق يقبل لعدم التناقض ولكونه اثبات ما ليس بثابت ولو لم يكن له بينة فله تحليف البائع بالله ما هو للمدعي لانه لو اقر لزمه (جامع الفصولين) . ولو اشترى شيئاً وقبضه ثم وهبه من رجل فوهبه الرجل من آخر فاستحق من الموهوب له الثاني رجع المشتري بالثمن على بائعه ولو ان الموهوب له الاول باعه من آخر فاستحق من المشتري الثاني لا يرجع المشتري الاول على بائعه بالثمن ما لم يرجع المشتري الثاني على الموهوب له (خانية)

لا عبرة بتاريخ الغيبة فلو قال المستحق عند الدعوى غابت عني هذه الدابة منذ سنة وقال المشتري لي البينة انها كانت ملك بائعي منذ سنتين وبرهن على ذلك فلا تندفع الخصومة بل يقضى بها للمستحق لكونه خارجاً ولم يذكر تاريخ الملك بل تاريخ الغيبة فبقيت دعواه في ملك مطلق حال عن التاريخ من الجانبين لانه وان ارخ

المشتري ملك بائعه الا ان التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد فسقط اعتبار ذكره والاصل ان الخارج وذا اليد اذا ادعيا ملكاً مطلقاً فبينة الخارج اولى الا اذا برهن ذو اليد على النتاج او ارّخا الملك وتاريخ ذي اليد اسبق فهو اولى ولو ارّخ احدهما فقط فلا يعتبر التاريخ ويقضى للخارج عندهما خلافاً لابي يوسف ، فعنده يقضى للمؤرخ سواء كان خارجاً او ذا يد (رد محتار ملخصاً) انظر المادتين ١٧٥٧ و ١٧٦٠

ولو ادعى رجل حقاً مجهولاً في دار فصولح على شيء كمئة درهم مثلاً ثم استحقت الدار كلها رد المدعي كل العوض (در مختار) ولو استحق بعض الدار لم يرجع صاحب الدار على المدعي بشيء من بدل الصلح لاحتمال ان تكون دعواه فيما بقي . واستفيد من هذا امران : احدهما صحة الصلح عن مجهول لان المصالح عنه ساقط وجهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة . والثاني عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح لان الدعوى بهذه الصورة غير صحيحة لجهالة المدعى به حتى لو برهن المدعى لا يقبل برهانه (مجمع الانهر) الا اذا برهن على اقرار المدعى عليه بذلك الحق المجهول فيقبل ويجبر المقر على بيانه (طحطاوي) . ولو ادعى الرجل الدار كلها فصالحه المدعى عليه على مائة درهم ثم استحق شيء منها فيرجع المدعى عليه بحصة السهم المستحق (ملتقى) فان كان هذا السهم ربعاً رجع بربع جميع البدل لفوات سلامة المبدل لان الصلح على مائة وقع عن الدار كلها فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض ولو ادعى سهماً معلوماً كربع الدار فصالحه ايضاً ثم استحق سهم شائع منها لا يرجع المدعى عليه بشيء ما دام في يده ذلك المقدار وان بقي اقل يرجع بحساب ما استحق منه (مجمع الانهر) ، كما اذا ادعى المدعي الربع ولم يبقَ بعد الاستحقاق في يد المدعى عليه سوى الثمن فيرجع بحصة الثمن المستحق (رد محتار) ولو كان في يده دار فادعى رجل نصفها فصالحه على الف ثم ادعى اخر نصفها فصالحه على الف ايضاً ثم استحق نصفها لا يرجع على واحد منهما بشيء لان كل واحد منهما يقول بقي نصفي ولو استحق ثلاثة ارباعها رجع عليهما بنصف ما اخذ (جامع الفصولين) . ولو اشترى داراً فبنى فيها ثم استحقت رجع على بائعه بالثمن وقيمة البناء مبنياً اذا سلم النقض اليه وتعتبر قيمة البناء يوم التسليم وان لم يسلم النقض فيرجع بالثمن فقط (در منتقى) كما لو استحقت الدار بجميع بنائها فانه يرجع بالثمن لاغير لان الاستحقاق اذا ورد على ملك المشتري لا يوجب الرجوع على البائع والبنا ملك المشتري فلا يرجع به ولانه لما استحق الكل لا

يقدر المشتري ان يسلم البناء الى البائع وقد مر انه لا يرجع بقيمة بنائه ما لم يسلمه الى البائع (جامع الفصولين) وان رم من الدار شيئاً او نقى البالوعة لا يرجع على البائع الا بالثمن فقط (در مختار) لان الحكم بالاستحقاق يوجب الرجوع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه كالبناء والغراس لا بما انفقه كالحفر واجرة الباني والترميم بطين وجص مما لا يمكن نقضه وتسليمه (رد محتار). ولهذا لو حفر في الدار بئراً وطواها (اي بناها بحجر او آجر) فانه يرجع بقيمة الطين لا بقيمة الحفر فان شرطاه فسد ولو حفر ساقية وقنطر عليها رجع بقيمة بناء القنطرة لا بنفقة حفر الساقية (جامع الفصولين). والحاصل ان المشتري اذا بنى او غرس فانما يرجع على بائعه بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه بعد ان يسلمه الى البائع وهذا اذا لم يكن عالماً ان البائع باعه ملك غيره فلو علم لم يرجع لانه مغتر لا مغرور واذا قال البائع بعتها مبنية وقال المشتري انا بنيتها فلي حق الرجوع عليك فالقول للبائع لانه منكر حق الرجوع . ولو زرع المشتري الارض المشتراة واضرها الزرع فللمستحق ان يضمنه النقصان ولا يرجع المشتري عَلَى بائعه الا بالثمن (جامع الفصولين). وفيه شرى ارضاً فبنى فيها ثم استحقت فكفيل الدرك لا يطالب بقيمة البناء في ظاهر الرواية لان قيمة البناء ليست عن الدرك في شيء لانه انما يلزم البائع بسبب الغرور فصار كعيب ولا يضمن بسببه الكفيل ولو استحق بعض المبيع والمشتري فسخ العقد في الكل فكفيله يضمن قدر ثمن المستحق لاتمام الثمن ولو اخذ داراً بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت منه رجع عَلَى المشتري بالثمن فقط لا بقيمة البناء والغرس لانه لم يكن مغروراً حيث اخذها برايه. ولو اشتريا ارضاً او ورثاها ثم اقتسماها فبنى احدهما في نصيبه فاستحق نصيبه لا يرجع على شريكه بقيمة البناء والاصل ان القسمة لو كانت مما يجبر عليها الآبي كقسمة جنس واحد فلا يثبت فيها حكم الغرور فلا رجوع عند الاستحقاق او حصلت بتراضيهما ولو كانت مما لا يجبر كقسمة من جنسين فالغرور يثبت فيها اه

فروع : اشترى كرماً فقبضه وتصرف فيه ثلاث سنين ثم استحقه رجل بقضاء القاضي ثم طلب الغلة التي اتلفها المشتري فانه يترك من الغلة مقدار ما انفق في عمارة الكرم من قطع الكرم واصلاح السواقي و بنيان الحيطان ومرمته وما فضل من ذلك ياخذه المستحق من المشتري (حامدية). اما لو اشترى طاحونة ثم استحقت فلا يطالب بغلتها (خانية). لو اشترى كرماً فاستحق نصفه له رد الباقي لعيب الشركة ان لم يتغير

في يده ولم يأ كل من ثمره ولو اشترى داراً بعرض فاخذت بالشفعة ثم استحق العرض بطلت الشفعة (در مختار) لبطلان البيع باستحقاق احد بدلي المقايضة ويأخذ البائع الدار من الشفيع و يرجع الشفيع على المشتري بقيمة العرض التي دفعها له (رد محتار) ٠ اذا استحق المبيع بعد هلاكه فلا بد للمستحق من اقامة البينة عَلَى قيمته يوم الشرآ فيضمنها المشتري ويرجع على بائعه بالثمن لا بما ضمن لان المشتري غاصب الغاصب وقد صرحوا بان المشتري من الغاصب اذا ضمن القيمة يرجع عَلَى بائعه بالثمن لان رد القيمة كرد العين (رد محتار) ٠ باع القاضي او امينه عرض المديون لدين غرمائه فاستحق العرض وهلك الثمن عند القاضي لم يضمن و يرجع المشتري عَلَى الغرما بالثمن واذا باعه الوصي لاجل الغرما فهلك الثمن عنده واستحق العرض رجع المشتري على الوصي والوصي على الغرما (تنوير) ٠ اشترى داراً وقبضها ثم جآء رجل واستحق نصفها ثم ان المشتري اقام البينة انهُ اشتراها من المستحق ولم يوقت لذلك وقتاً لا يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن انما هو رجل اشترى داراً فادعاها آخر فاشتراها المشتري من المدعي ايضاً فانه لا يرجع على البائع بشيء ولو اقام المشتري بينة على انه اشتراها من المدعي بعد استحقاق النصف قبلت بينته وكان له ان يرجع على البائع بنصف الثمن (خانية) ٠ اشترى داراً و بنى فيها وغاب ثم ان البائع باعها من آخر ونقض المشتري الآخر بنآ الاول وبنى فيها بناء ثم جاء المشتري الاول واستحقها فان كان الثاني بناها بآلات هي ملكه يضمن المشتري الثاني للمشتري الاول حصة بنآ الاول من الدار العامرة ونقض البنا الاول للمشتري الاول ان كان قائماً وان كان الثاني استهلكه ضمن قيمة ذلك للمشتري الاول وان بنى بنقض الاول فالمشتري الثاني يضمن للمشتري الاول حصة البنا من الدار العامرة وللمشتري الاول ان يمسك البنا وليس للمشتري الثاني رفعه فان زاد المشتري الثاني في ذلك زيادة اعطاه قيمة الزيادة من غير ان يعطيه اجر العامل (هندية) ٠ لو احال البائع رجلاً بالثمن على المشتري فاداه اليه ثم استحق المبيع رجع المشتري على البائع لا على المحال وان لم يظفر بالبائع (انقروي عن التتارخانية) ٠ لو اشترى شيئاً من وكيل البائع ثم استحق فان كان المشتري قد دفع الثمن الى الوكيل كان له مطالبته به من ماله وان كان قد دفعه للموكل يرجع على الموكل ومعناه انه يطالب الوكيل حتى يأخذه من الموكل و يؤديه اليه (بزازية) ٠ استأجر حماراً فادعاه رجل ولم يصدقه انه مستأجر واستحقه عليه فلا يرجع الاجر على

بائعه لان هذا الاستحقاق ظلم اذ انه لم يقع على خصم (ذخيرة) . رجل في يده عبد باع نصفه من رجل ولم يسلم حتى باع نصفه من آخر وسلم النصف اليه ثم جاء رجل واستحق نصف العبد ببينة كان المستحق من البيعين جميعاً وان كان المشتري الاول قبض العبد ولم يقبض الثاني ينصرف الاستحقاق الى الثاني دون الاول وان قبضا جميعاً كان المستحق منهما (هندية)

الكتاب الثاني

في الاجارة ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالاجارة

﴿ المادة ٤٠٤ ﴾ الاجرة الكراء ، اي بدل المنفعة والايجار المكاراة والاستئجار الاكترا

﴿ المادة ٤٠٥ ﴾ الاجارة لغةً بمعنى الاجرة وقد استعملت بمعنى الايجار ايضاً وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى بيع المنفعة المعلومة بعوض معلوم

مفاده ان العمل في الاجارة الواردة على العمل معدود من قبيل المنفعة وهذا ظاهر من نص المادة ٤٢١ ثم انه يشترط في المنفعة ان تكون مقصودة من العين في الشرع ونظر العقلاء ولهذا لو استأجر ثياباً او اواني ليتجمل بها او دابة ليربطها امام داره ليظن الناس انها له فلا تصح الاجارة ولا اجر عليه لان ذلك لا نفع فيه وليس من المقاصد الشرعية (در مختار)

﴿ المادة ٤٠٦ ﴾ الاجارة اللازمة هي الاجارة الصحيحة العارية عن خيار العيب وخيار الشرط وخيار الرؤية وليس لاحد العاقدين فسخها بلا عذر

وفي مجمع الانهر والقياس يأبى جواز عقد الاجارة لان المعقود عليه معدوم واضافة

التمليك الى ما سيوجد لا يصح لكنه جوّز لحاجة الناس اليه وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة وضرب من المعقول اه

﴿المادة ٤٠٧﴾ الاجارة المنجزة ايجار معتبر من وقت العقد

﴿المادة ٤٠٨﴾ الاجارة المضافة ايجار معتبر من وقت معين مستقبل . مثلاً لو استوئجرت دار بكذا نقوداً لكذا مدة اعتباراً من اول الشهر الفلاني الآتي تنعقد اجارة مضافة

﴿المادة ٤٠٩﴾ الآجر هو الذي اعطى الماجور بالاجارة و يقال له ايضاً المكاري بضم الميم وموَجر بكسر الجيم

﴿المادة ٤١٠﴾ المستأجر بكسر الجيم وهو الذي استأجر

﴿المادة ٤١١﴾ المأجور هو الشيء الذي أُعطي بالكراء و يقال له الموُجر والمستأجر بفتح الجيم

﴿المادة ٤١٢﴾ المستأجر فيه بفتح الجيم هو المال الذي سلمه المستأجر للاجير لاجل ايفاء العمل الذي التزمه بعقد الاجارة كالثياب التي اعطيت للخياط ليخيطها والحمولة التي اعطيت للحمال لينقلها

﴿المادة ٤١٣﴾ الاجير هو الذي آجر نفسه

﴿المادة ٤١٤﴾ اجر المثل هو الاجرة التي قدرتها اهل الخبرة الخلوُّ عن الغرض

عند تقرير اجر المثل ينبغي ان ينظر الى ثلاثة امور : الاول اذا كانت الاجارة واردة على المنفعة يجب ان ينظر الى الشيء الذي تساوي منفعته منفعة المأجور . الثاني اذا كانت الاجارة واردة على العمل فيلزم ان ينظر الى الشخص المماثل للاجير بذلك العمل . الثالث ان ينظر الى زمان الايجار ومكانه، لان الاجرة تتفاوت بتفاوت المنفعة والعمل والزمان والمكان (طحطاوي بزيادة) . وفي الخانية لو كان اجر المثل

مختلفاً بين الناس منهم من يستقصي ومنهم من يتساهل فيجب الوسط منه اه ٠ ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٨ مايس ٣١١ مؤداه انه عند تعيين اجر المثل ينبغي تعيين مدة العمل وتقدير الاجرة باعتبار اليومية وانه يلزم تعيين ذلك من قبل ذوي الخبرة الذين يلزمهم تعيين الاجرة بالنظر الى شخص الاجير (ج٠م٠عد ٨٦٦) ٠ ولها قرار آخر مؤرخ في ٢٣ مايس ٣١١ مؤداه اذا اقتضى تقدير اجر المثل فلا يجوز اقامة البينة عليه من المدعي بل يجب ان يقدره اهل الخبرة الخلوُ عن الغرض ينتخبهم الخصمان وان لم يتفقا فتعينهم المحكمة (ج٠م٠عد ٩٠٦)

تنبيه : اجر المثل يتعين من جنس الدراهم والدنانير لا من جنس الاجر المسمى ان كان غيرهما (طحطاوي)

﴿ المادة ٤١٥ ﴾ الاجر المسمى هو الاجرة التي ذكرت وتعينت وقت العقد

﴿ المادة ٤١٦ ﴾ الضمان هو اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات

﴿ المادة ٤١٧ ﴾ المعد للاستغلال هو الشيء الذي اعد وعين ليعطى بالكراء كالخان والدار والحمام والدكان من العقارات التي بنيت او اشتريت على ان تؤجر وكذا عربات الكرا ودواب المكارين ٠ وايجار الشيء ثلاث سنين على التوالي دليل على انه معد للاستغلال وما انشأه الرجل لنفسه يصير معداً للاستغلال باعلانه للناس انه معد للاستغلال

﴿ المادة ٤١٨ ﴾ المسترضع هو الذي اتخذ ظئراً بالاجرة

﴿ المادة ٤١٩ ﴾ المهاياة هي تقسيم المنافع كما لو تقرر ان ينتفع احد الشريكين سنة والآخر اخرى مناوبة في الدار المشتركة

الباب الاول

في الضوابط العمومية

﴿ المادة ٤٢٠ ﴾ المعقود عليه في الاجارة هو المنفعة

هذا بالنظر الى الحكم من الدرجة الثانية لانه لما كانت المنفعة معدومة وقت العقد ولا يصح من ثم اضافة العقد اليها فقد اقيم مقامها الاجير او عين المأجور اللذان هما محل المنفعة لكي يضاف العقد اليهما واضافة ركن العقد الى احدهما تكون سبب الحكم بين العاقدين في الدرجة الاولى و بعد انعقاد الاجارة ينتقل العقد من عين الاجير او المأجور الى المنفعة وتنعقد الاجارة بالدرجة الثانية ساعةً فساعة على حسب حدوث المنفعة وذلك بسبب عمل الآلة ونفاذها في المحل ساعةً فساعةً

﴿ المادة ٤٢١ ﴾ الاجارة باعتبار المعقود عليه نوعان: الاول عقد الاجارة الوارد على منافع الاعيان، و يقال للشيء المؤجر عين المأجور وعين المستأجر ايضاً . وهذا النوع ينقسم الى ثلاثة اقسام: الاول اجارة العقار كايجار الدور والاراضي، القسم الثاني اجارة العروض كايجار الملابس والاواني، الثالث اجارة الدواب . النوع الثاني عقد الاجارة الوارد على العمل وهنا يقال للمأجور اجير كاستئجار الخدمة والعملة وارباب الحرف والصنائع فان اعطاء السلعة للخياط مثلاً ليخيطها ثوباً يعد اجارة على العمل كما ان استخياط الثوب على ان السلعة من عند الخياط استصناع

﴿ المادة ٤٢٢ ﴾ الاجير على قسمين: القسم الاول الاجير الخاص وهو الذي استؤجر على ان يعمل للمستأجر فقط

عملاً موقتاً بمدة معلومة ليخرج نحو الخياط اذا عمل لواحد ولم يذكر مدة ومخصوصاً بالمستأجر وحده ليخرج نحو الراعي اذا استأجره رجل لرعي غنمه مدة معلومة من غير ان يشرط عليه عدم العمل لغيره (طحطاوي)

كالخادم مشاهرةً ، والقسم الثاني الاجير المشترك وهو الذي لم يقيد بشرط عدم العمل لغير المستاجر

و بعبارة اخرى الاجير المشترك من يعمل لا لواحد كالخياط ونحوه او يعمل له عملاً غير موقت او موقتاً بلا تخصيص فغير الموقت كما اذا استأجر رجلاً للخياطة في بيته غير مقيد بمدة والموقت بلا تخصيص كان يستأجر رجلاً لرعي غنمه شهراً فالاجير في كلتا الصورتين مشترك الا ان يقول له في الصورة الثانية لا ترعَ غنم غيري (در مختار)

كالحمال والدلال والخياط والساعاتي والصائغ واصحاب عجلات الكراء واصحاب الزوارق الذين يكارون في الشوارع والمواني وراعي القرية فان كلاً من هؤلاء اجير مشترك لا يختص بشخص واحد وله ان يعمل لكل واحد ولكنهُ لو استؤجر احد هؤلاء ليعمل للمستأجر فقط الى وقت معين فيكون اجيراً خاصاً في مدة ذلك الوقت . وكذلك لو استؤجر حمال اوصاحب عربة او صاحب زورق الى محل معين بشرط ان يكون مختصاً بالمستاجر وان لا يعمل لغيره فانهُ اجير خاص الى ان يصل الى ذلك المحل

وذلك لانه اذا استاجره الى وقت معين او الى محل معين صارت منافع الاجير مستحقة للمستاجر في ذلك الوقت او حتى يبلغ ذلك المحل فيمتنع ان يستحق غيره شيئاً منها (درر)

تنبيه : الاجير الخاص اذا عمل لغير المستاجر يسقط من اجرته بقدر ما عمل (در مختار)

❊ المادة ٤٢٣ ❊ كما جاز ان يكون مستاجر الاجير الخاص شخصاً واحداً جاز ايضاً ان يكون مستاجرهُ عدة اشخاص هم في حكم شخص

ومن ثمّ لو استأجر اهل قرية راعياً على ان يكون خاصاً بهم بعقد واحد كان ذلك الراعي اجيراً خاصاً ولكن لو اجازوا له ان يرعى دواب غيرهم كان حينئذٍ ذلك الراعي اجيراً مشتركاً

ومثل الراعي حافظ الخان وحارس السوق فاذا استأجر اهل السوق حارساً لحراسة حوانيتهم كان اجيراً خاصاً لانه لو اراد ان يشغل نفسه في عمل آخر لم يكن له ذلك (جامع الفصولين)

﴿ المادة ٤٢٤ ﴾ الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا بالعمل

اعلم ان الاجير المشترك اذا لم يكن لعمله اثر كالحمال لا يستحق الاجرة الا اذا فرغ من العمل واذا كان لعمله اثر كالخياط ونحوه فلا يستحق الاجرة ولو فرغ من العمل حتى يسلم المعقود عليه الى المستأجر حقيقةً او حكماً كما اذا عمل في بيت المستاجر وذلك لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين العاقدين فاذا لم يسلم الاجير الذي لعمله اثر المعقود عليه للمستاجر لا يسلم له العوض الا اذا شرط تعجيله حتى لو هلك المعقود عليه او سرق قبل تسليمه سقطت الاجرة واذا وقعت الاجارة على العمل كالخياطة فخاط البعض لا يستحق الاجر بحسابه الا اذا خاط في بيت المستاجر لان الخياطة في بيت المستاجر تسليم حكماً لان بيته في يده وعليه الاكثر. حتى لو سرق الثوب او هلك بعد ما خاط بعضه في بيت المستاجر فله الاجر بحسابه وكذا لو انهدم ما بناه الاجير قبل الفراغ من البنا فله الاجر بحسابه ايضاً لكونهُ مسلماً الى المستاجر ببنائه في ملكه وبه جزم في غاية البيان واختاره صاحب الكنز في المستصفى (رد محتار ملخصاً) وسيأتي تمام ذلك في شرح المادة ٤٧٥. ولو خاط الخياط ثوباً بالاجرة ففتقه رجل قبل ان يقبضه صاحبه فلا اجر للخياط لان الخياطة مما له اثر فلا اجر قبل التسليم بل له تضمين الفاتق قيمة خياطة الثوب ولا يجبر على الاعادة ولو فتقه الخياط اجبر عليها (تنوير). واذا فتقه اجنبي بعد ما خاطه الخياط في بيت المستاجر وجب الاجر للاجير لان الخياطة في بيت المستاجر تسليم كما مر (طحطاوي) ولرب الثوب تضمين الفاتق اجر مثل الخياطة لا المسمى لان الاجر المسمى انما يلزم بالعقد ولا عقد بينه وبين الفاتق (رد محتار)

فرع : دفع ثوباً الى خياط ليخيطهُ له ففصله الخياط ثم مات او تفاسخا عقد الاجارة فللخياط اجر التفصيل وعليه الفتوى (خانية)

✻ المادة ٤٢٥ ✻ الاجير الخاص يستحق الاجرة اذا كان في مدة الاجارة حاضراً للعمل ولا يشترط عمله بالفعل

غير انه يشترط ان يتمكن من العمل فلو سلم نفسهُ ولم يتمكن منهُ لعذر كالمطر والمرض فلا اجر له (در منتقى)

لكن ليس له ان يمتنع عن العمل واذا امتنع لا يستحق الاجرة

وللمستأجر ان يزيد في المعقود عليه قدر ما يطيق الاجير قال في التتارخانية اراد رب الغنم ان يزيد فيها ما يطيق الراعي له ذلك لو خاصاً لانه في حق الرعي بمنزلة العبد وله ان يكلف عبده من الرعي ما يطيق اه. وان هلك في المدة نصف الغنم او اكثر فللراعي الاجرة كاملة (تنوير) لان المعقود عليه تسليم نفسه وظاهر التعليل بقاء الاجرة ولو هلكت الغنم كلها و به صرح في العمادية (در مختار)

✻ المادة ٤٢٦ ✻ من استحق منفعة معينة بعقد الاجارة كان له ان يستوفي عينها او مثلها او ما دونها ولكن ليس له ان يستوفي ما فوقها

وعلى هذا لو حمل الدابة كيل شعير بدل كيل حنطة جاز لان الشعير اخف وزناً وبالعكس لا يجوز فيضمن لو هلكت كما لو حملها وزن البر قطناً لانه يأخذ من ظهرها اكثر من الحنطة وفيه حرارة فكان اضر عليها من الحنطة فصار كما اذا حمل عليها تبناً او حطباً وكذا لو حمل مثل وزن الحنطة حديداً او ملحاً لانه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها (رد مختار) ، وسيأتي تمام ذلك في الفصل الثاني من الباب الثامن

مثلاً لو استأجر الحداد حانوتاً على ان يعمل فيه صنعته كان له ان يعمل فيه صنعة مساوية في المضرة لصنعة الحداد ولو استأجر داراً للسكنى فلم يسكنها بل وضع فيها امتعته فذلك جائز . ولكن ليس لمن استاجر حانوتاً للعطارة ان يعمل فيه صنعة الحداد

واذا تجاوز المستأجر حد المنفعة التي استحقها بعقد الاجارة ولم الماجور من الضرر فعلى المستاجر الاجر المسمى اذا كان الماجور داراً او حانوتاً وما شا كلهما وان كان دابة فلا اجر عليه كما سيأتي في شرح المادة الاتية . وان هلك المأجور فقد ذكروا ان المخالفة الموجبة للضمان اما في الجنس او في القدر او في الصفة فالاول كما اذا استأجر الدابة لحمل كر شعير فحمل كر حنطة فانه يضمن كل القيمة لانه جنس اخر واثقل فصار غاصباً ولا اجر لانهما لا يجتمعان والثاني كما اذا استاجرها ليحمل عشرة اقفزة حنطة فحمل احد عشر فان سلمت لزم المسمى وان هلكت يضمن جزءاً من احد عشر جزء من قيمتها و يجب عليه كل الاجر لان الضمان في مقابلة الزائد والآجر في مقابلة الحمل المسمى فلم يجتمعا (رد محتار) وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الكل والا فيضمن كل القيمة انظر شرح المادة ٥٥٥ بخلاف ما لو استاجر ثوراً ليكرب به دونماً فكرب دونماً ونصفاً فانه يضمن قيمته كلها اذا هلك والفرق بينهما ان الكرب يكون شيئاً فشيئاً فلما كرب دونماً انتهى العقد فهو في الزيادة مخالف من كل وجه فيضمن القيمة كلها والحمل يكون دفعة واحدة و بعضه مأذون فيه و بعضه غير مأذون فيه فلا يضمن الا بقدر ما ليس بماذون فيه (خانية) . الثالث كما اذا استاجرها لحمل مائة رطل قطن فحمل مثل وزنه او اقل حديداً فانه يضمن كل قيمتها ولا اجر (رد محتار) . وهذا كله اذا حملها المستاجر اما اذا حملها صاحبها بيده فلا ضمان على المستاجر وان حملا معاً وجب النصف عَلَى المستاجر ولو حمل كل واحد جولقاً وحده لا ضمان على المستاجر ويجعل حمله ما كان مستحقاً بالعقد (مجمع الانهر) واذا اختلف العاقدان في نوع المنفعة المعقود عليها بان قال المؤجر اجرتها للعطارة وقال المستأجر بل للحدادة فالقول للمؤجر كما لو انكر اصل العقد فكذا لو انكر نوعاً منه و بينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة (حامدية ودر مختار)

تنبيه : اذا تجاوز المستاجر حد المنفعة المعقود عليها ونظر المؤجر ورضي بذلك فلا يضمن المستاجر الا اذا حصل منه تعدٍ او تقصير

❋ المادة ٤٢٧ ❋ كلما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد .

مثلاً لو استكرى احد لركوبه دابة ليس له ان يركبها غيره

وان اركبها غيره ضمن كل قيمتها اذا هلكت لان الركوب كاللبس مما يتفاوت

فيه الناس فربَّ خفيف جاهل اضر عَلَى الدابة من ثقيل عالم (رد محتار) وان سلمت الدابة فلا اجر على المستاجر لانه بالمخالفة صار غاصباً ومنافع المغصوب غير مضمونة الا في مال الوقف واليتيم والمعد للاستغلال انظر المادة ٤٧٢ بخلاف ما اذا استاجر بيتاً للسكن فاقعد فيه حداداً حيث يجب الاجر عليه ان سلم لانه لما سلم علم انه لم يخالف وانه مما لا يوهن البيت بالفعل وان كان مما من شانه ان يوهن (رد محتار)

﴿المادة ٤٢٨﴾ كل ما لا يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو . مثلاً لو استاجر احد داراً على ان يسكنها كان له ان يسكن غيره فيها

لان التقييد بهذه الصورة غير مفيد . وكذا لو شرط على المستاجر ان يسكن الدار وحده فاسكن معه جماعة جاز لان كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد في عمار خراب المسكن بترك السكن (رد محتار) انظر المادة ٥٢٢

﴿المادة ٤٢٩﴾ للمالك ان يؤجر حصته الشائعة من الدار لشريكه ان كانت قابلة القسمة او لم تكن وليس له ان يؤجرها لغير

لان الشيوع الاصلي يفسد الاجارة عند الامام سواء كان فيما يحتمل القسمة او لا وبه يفتى كما في الخانية واكثر المعتبرات لان الاجارة مشروعة للانتفاع بعين المأجور وهذا لا يتصور في الحصة الشائعة حيث لا يمكن تسليمها فكانت المنفعة غير مقدورة الاستيفاء فتفسد الاجارة (درر) انظر المادة ٤٥٧ وعلى هذا لو اجر حصته الشائعة من غير شريكه او من احد شريكيه فالاجارة فاسدة (در مختار) وحينئذ يجب اجر المثل وهو الصحيح (مجمع الانهر) . ولكن لو اجر حصته الشائعة من شريكهِ فيجوز لان كل المنفعة تحدث حينئذٍ على ملك الشريك بعضها بحكم الملك الحقيقي وبعضها بحكم الاجارة فتكون مقدورة الاستيفاء (درر) وفي الدر المختار لو اجر مشاعاً يحتمل القسمة فقسمه وسلم جاز لزوال المانع اما لو كان الحاكم قد ابطل الاجارة ثم قسم المؤجر وسلم لم يجز اه

ولكن بعد المهاياة له ان يؤجر نوبته للغير

لان حينئذ تكون عين المأجور كلها في يده فيمكنه تسليمها للمستأجر فتتحقق القدرة على استيفاء المنفعة

﴿المادة ٤٣٠﴾ الشيوع الطارئ لا يفسد عقد الاجارة · مثلاً لو آجر احد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الاجارة في نصفها الاخر الشائع

وكذا لو آجرا مالهما لواحد ثم مات احدهما او استأجرا مال واحد ثم مات احد المستاجرين اسه فتفسد الاجارة في حصة الميت وتبقى في حصة الحي · ومثل ذلك لو آجر رجل ماله من واحد ثم فسخ الاجارة في نصفه فانها تنفسخ في النصف وتبقى في النصف الآخر وهذه الحيلة في اجارة المشاع (در مختار) راجع المادة ٥٥

﴿المادة ٤٣١﴾ يجوز للشريكين ان يؤجرا معاً مالهما المشترك من آخر

وكذا لو كان الشركاء ثلاثةً او اكثر فاجروا مالهم من واحد معاً واما لو اجر الشريكان مالهما من واحد على التراخي اي الواحد بعد الآخر فالاجارة فاسدة ولو آجراه معاً غير ان المستأجر قبل الاجارة بحصة احدهما فقط فالاجارة فاسدة لتفريق الصفقة بالعقد (طحطاوي) · فائدة لو كان البنا لواحد وعرصته لاخر فلصاحب البنا ان يؤجره من رب العرصة اتفاقاً ومن غيره على المفتى به · ولو كان البنا ملكاً والعرصة وقفاً واجرهما المتولي باذن مالك البنا فالاجر ينقسم على البنا والعرصة (در منتقى)

﴿المادة ٤٣٢﴾ يجوز ايجار شيء واحد من اثنين

او اكثر ولكن بعقد واحد فقط بدون تفصيل · فلو كان المأجور لواحد فآجره من اثنين فان اجمل وقال آجرته منكما جاز ولو فصل بقوله نصفه منك ونصفه منك فلا للشيوع الاصلي ولو آجر منهما واجمل ولم يقبل سوى احدهما فقط فالاجارة فاسدة لتفريق الصفقة (جامع الفصولين)

وكل منهما لو اعطى من الاجرة مقدار ما ترتب على حصته لا يطالب باجرة حصة الاخر ما لم يكن كفيلاً له

الباب الثاني

في المسائل المتعلقة بالاجرة و يشتمل على اربعة فصول

الفصل الاول

في مسائل ركن الاجارة

﴿ المادة ٤٣٣ ﴾ تنعقد الاجارة بالايجاب والقبول كالبيع

﴿ المادة ٤٣٤ ﴾ الايجاب والقبول في الاجارة هو عبارة عن الكلمات التي تستعمل لعقد الاجارة كاجرت و كريت واستأجرت وقبلت

وتنعقد الاجارة ايضاً بقوله اعرتك هذه الدار شهراً بكذا لان العارية بعوض اجارة بخلاف العكس (در مختار)٠ ثم اعلم انه يجب اضافة العقد الى العين كاجرتك هذه الدار بكذا لا الى منافعها كاجرتك منافع هذه الدار لان المنافع معدومة لا تصح اضافة العقد اليها (شرنبلالية) راجع ما قدمناه في شرح المادة ٤٢٠

﴿ المادة ٤٣٥ ﴾ الاجارة كالبيع ايضاً تنعقد بصيغة الماضي ولا تنعقد بصيغة المستقبل٠ مثلاً لو قال احد سأوجر وقال الاخر استاجرت اوقال واحد آجر وقال الاخر آجرت فعلى كلتا الصورتين لا تنعقد الاجارة

﴿ المادة ٤٣٦ ﴾ كما ان الاجارة تنعقد بالمشافهة كذلك تنعقد بالمكاتبة واشارة الاخرس المعروفة

﴿ المادة ٤٣٧ ﴾ تنعقد الاجارة بالتعاطي ايضاً كالركوب في باخرة المسافرين وزوارق المواني ودواب الكراء من دون مقاولة فان كانت الاجرة معلومة اعطيت والا فاجرة المثل

ومن صور التعاطي ما لو استأجر من آخر قدوراً غير معلوم حجمها لا يجوز للتفاوت

بينها صغراً وكبراً ولكن لو قبلها المستأجر بالاجر الاول جاز وتكون اجارة ابتداءً بالتعاطي . ومنها ايضاً ما لو استأجر من قيم الوقف داراً سنة فمضت وبقي ساكناً في السنة الثانية بغير عقد فاخذ القيم شيئاً من الاجرة فان الاجارة تنعقد في كل السنة لا في حصة ما اخذ فقط (رد محتار)

﴿ المادة ٤٣٨ ﴾ السكوت في الاجارة يعد قبولاً ورضى . مثلاً لو استاجر رجل حانوتاً بخمسين قرشاً عن كل شهر وبعد ان سكن فيه مدة اشهر اتى الآجر براس الشهر وقال ان رضيت بستين فاسكن والا فاخرج ورده المستأجر وقال لم ارضَ واستمر ساكناً يلزمه خمسون قرشاً كما في السابق

وذلك لان المستأجر اعلن عدم قبوله بالزيادة التي اضافها المؤجر فسكوت المؤجر بعد ذلك وتركه المستأجر في الحانوت دليل على رضاه بالاجر الاول

وان لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكناً يلزمه ستون قرشاً

لان سكوته كان في معرض الحاجة فهو رضا وبيان راجع المادة ٦٧ . وبيانه ان قول المؤجر ان رضيت بستين قرشاً فاسكن والا فاخرج يستلزم الجواب من المستأجر سلباً او ايجاباً فسكوت المستأجر عند ذلك وبقاؤه في الحانوت دليل على رضائه بالزيادة التي اضافها المؤجر لانه لو لم يرضَ بها لردها صراحةً ولو سكت المستأجر ولما طالبه المؤجر بالزيادة قال له لم اسمع كلامك فان كان به صمم صدق والا لا عملاً بالظاهر (در منتقى) . ثم اعلم ان سكوت المستاجر انما يكون رضا بالزيادة اذا اضافها المؤجر بعد انقضاء مدة الاجارة فلو قبله فلا تلزم الزيادة لانه لما كانت الاجارة باقية لا يمكن ان تنعقد تكراراً بمجرد السكوت

كذلك لو قال صاحب الحانوت مائة قرش وقال المستاجر ثمانين وابقى المالك المستاجر وبقي هو ساكناً ايضاً يلزمه ثمانون ولو اصر الفريقان

على كلامهما واستمر المستاجر ساكناً تلزمه اجرة المثل

وذلك لان العقد الاول قد انفسخ بانقضاء المدة والعقد الثاني لم ينعقد لاصرار كل من الفريقين على كلامه فبقي الحانوت في يد المستاجر بدون عقد فيلزم اجر مثله لانه معد للاستغلال ولان المستاجر سكنه بنية الاجارة وسكوت الغاصب كسكوت المستاجر في كونه قبولاً ورضي فلو قال لغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر مائة ولم يفرغ وجب على الغاصب الاجر المسمى الا اذا صرح بعدم الرضا او انكر ملك صاحب الدار ولو اثبته صاحبها بعد ذلك بالبينة لانه اذا انكره لايكون راضياً بالاجارة (در منتقي) . قلت وهل يجب اجر المثل، ان كانت الدار وقفاً او مال يتيم ،نعم والا فلا لان منافع المغصوب غير مضمونة الا اذا كان وقفاً او مال يتيم او كان معداً للاستغلال ولم يستعمله بتأ ويل عقد او ملك اذ لو استعمله بتأ ويل عقد او ملك لا يلزمه الاجر وسيأتي تمام ذلك في المادة ٥٩٦

﴿ المادة ٤٣٩ ﴾ لو توافقا بعد العقد على تبديل البدل او تزييده او تنزيله يعتبر العقد الثاني

ان الزيادة تكون تارة من المؤجر وتارة من المستأجر، فان كانت من الاول صحت مطلقاً ،وان كانت من الثاني فلا تصح الا اذا كانت من خلاف جنس ما استأجره فلو من جنسه فلا (هندية) . ثم انه يشترط ايضاً لصحة الزيادة ان تكون قبل انقضاء مدة الاجارة فلو بعدها لا تصح لان محل العقد قد فات اما اذا مضى بعض المدة ثم زاد المستأجر في الاجرة فالقياس ان تعتبر الزيادة لما بقي واستحسن محمد جعلها موزعة لما مضى ولما بقي (رد محتار)

﴿ المادة ٤٤٠ ﴾ الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها

بناءً عليه ليس لاحد العاقدين فسخ الاجارة بمجرد قوله ما آن وقتها

ولو باع الموجر عين المأجور قبل حلول وقت الاجارة انعقد البيع موقوفاً على اجازة المستأجر كما في الاجارة المنجزة

تنبيه : كما تصح الاجارة مضافة يصح فسخها مضافاً كفاسختك راس الشهر (تنوير)

﴿ المادة ٤٤١ ﴾ الاجارة بعد ما انعقدت صحيحة لا يجوز

للآجر فسخها بمجرد زيادة الخارج في الاجرة . لكن لو اجر الوصي او المتولي عقار اليتيم او الوقف باقل من آجر المثل فسدت الاجارة ولزم المستأجر اجر المثل

على المستأجر بالغاً ما بلغ لو كان قد استوفى المنفعة بانقضاء مدة الاجارة ولو انقضى بعضها فيلزمه اجر المثل لما مضى ولا فرق بين العقار والمنقول وان لم يرضَ به فيما بقي فللمتولي او للوصي فسخ الاجارة ولو شهد الشهود وقت العقد انها باجر المثل لان بينة الغبن اولى بل ولو اقر الوصي او المتولي وقت العقد بذلك ومن هذا يستفاد فساد ما يقع كثيراً من اخذ كرم الوقف او اليتيم مساقاة فيساقي على اشجاره على ان يكون سهم واحد من الف سهم لليتيم او للوقف والباقي للعامل ثم يستاجر ارضه بمبلغ كثير فالحظ ظاهر في الاجارة لا في المساقاة (در مختار) فتفسد المساقاة للغبن الفاحش وتفسد الاجارة وان كان الحظ فيها ظاهراً لانه لما فسدت المساقاة بقيت الارض مشغولة بالاشجار فيلزم فساد الاجارة واذا فسد العقدان اضحت الاجرة غير مستحقة لجهة الوقف او اليتيم بل المستحق هو الثمرة فقط وللعامل اجر مثل عمله وفساد المساقاة بالغبن الفاحش انما يكون في الوقف ومال اليتيم اما مساقاة المالك واجارته فلا ينظر فيهما الى المصلحة كما لو اجر بدون اجر المثل (رد محتار) حتى جاز للمريض ان يؤجر ماله في مرض موته باقل من اجر المثل وتنفذ الاجارة لا من الثلث فقط بل من جميع ماله لانه لو اعار ماله في مرض موته جازت الاعارة فالاجارة باقل من اجر المثل اولى (جامع الفصولين)

فائدة : يثبت الغبن بشهادة واحد من ذوي الخبرة عندهما خلافاً لمحمد كما في الاشباه والدر المختار وغيرهما

ولو وقع عقد الاجارة باجر المثل ثم زادت الاجرة بزيادة الرغبات فلا تقبل لوفي الملك ولو ليتيم كما لو رخصت وان في الوقف فان كانت الاجارة فاسدة آجرها المتولي بدون ان يعرضها على المستأجر الاول وان كانت الاجارة صحيحة فلا يجوز فسخها لو الزيادة يسيرة ، ولو فاحشة فللمتولي ان يفسخها وان امتنع فسخها القاضي ولو كان قد حكم قبلاً بصحتها لكون الاجر اجر المثل لان الفسخ بسبب الزيادة حادثة اخرى لم يقع الحكم بها فلا يمنع حكمه فسخ الاجارة ويراد بالزيادة الفاحشة ان تكون كما في

طرف النقصان الخمس في العقار او زيادة الخ راجع المادة ١٦٥ ثم انه اذا فسخ القاضي او المتولي فلا يخلو اما ان يكون المأجور ارضاً فارغة وقت الزيادة عن ملك المستاجر كالدار والحانوت والارض السليخة او مشغولاً به كما لو زرعها او بنى فيها او غرس ففي الوجه الاول يعرضها المتولي على المستاجر فان قبل الزيادة العارضة بعد ثبوتها فهو احق من غيره ولزمته الزيادة من وقت قبولها فقط لامن اول المدة وان لم يقبلها آجرها المتولي من غيره وفي كلتا الصورتين يلزم المستأجر الاجر المسمى فقط من اول المدة الى وقت الفسخ وفي الوجه الثاني ان كان قد زرعها والمدة باقية او فرغت والزرع باقٍ فلا تؤجر لغيره ما لم يستحصد الزرع بل تضم عليه الزيادة من وقتها الى ان يستحصد لان شغلها بملكه مانع من صحة ايجارها لغيره وان كان بنى فيها او غرس فان فرغت المدة كما لو استاجرها مشاهرة وفرغ الشهر فسخها المتولي واجرها لغيره ان لم يقبل الزيادة وان قبلها فهو احق من غيره وان كانت المدة باقية لم تؤجر لغيره لما تقدم من ان شغلها بملكه مانع بل تضم عليه الزيادة ويبقى البنا والغرس الى نهاية المدة فقط بخلاف الزرع فانه يبقى الى وقت الحصاد ولو مضت المدة لان له نهاية معلومة بعكس البنا والغرس اذ لانهاية معلومة لهما. وهذا كله اذا زادت اجرة الارض من نفسها فلو زادت بسبب بنائه فلا تضم عليه الزيادة لانها من ملكه واذا انقضت المدة ولم يرضَ المستاجر بالزيادة يكلفه المتولي رفع البنا والغرس وان كان قلعهما يضر بالارض وينقصها فللمتولي ان يتملكهما جبراً على المستاجر بقيمتهما مستحقي القلع وان لم يكن القلع مضراً بالارض فلا يتملكهما المتولي الا برضا المستاجر وعليه عامة الشروح فكان المعول عليه اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار . وفي التنوير زاد اجر المثل من نفسه من غير ان يزيد احد فللمتولي فسخها وما لم يفسخ كان على المستاجر الاجر المسمي وبه يفتى اه . ثم اعلم ان مسألة عرض المأجور عَلَى المستاجر الاول خاص بالوقف فقط لا بالمالك فلو آجر المالك داره من رجل ثم انقضت المدة فله ايجارها من غيره لان له عدم ايجارها اصلا بخلاف الموقوف للغلة فانه لا بد من ايجاره فايجاره من غير المستأجر الاول تعنت الا ان زاد عليه آخر في الاجرة ولم يقبل الاول الزيادة فتؤجر من الآخر حامدية وفيها عن الخيرية ان اراضي بيت المال كاراضي الوقف اه

استطراد : لو اذن القاضي او الناظر للمستاجر بالبنا في ارض الوقف ليكون ديناً على الوقف حيث لا فاضل من ريعه وهو ما يسمونه بالمرصد فالبنا يكون للوقف فاذا

اراد الناظر اخراجه يدفع له ما صرفه في البنا ثم لا يخفى انه يزيد اجر المثل بسبب البنا فيلزم المستأجر اتمام اجر المثل بالغًا ما بلغ قبل العمارة وبعدها كما افتى به في الخيرية لان الزيادة لم تحدث بسبب ملكه لكون البنا للوقف والواقع في زماننا انه يستاجر بدون اجر المثل بكثير ويدفع بعض الاجرة ويقتطع بعضها من العمارة وقد يقال لجوازه وجه، وذلك انه لو اراد آخر ان يستاجره ويدفع للاول ماصرفه عَلَى العمارة لا يستاجره الا بتلك الاجرة القليلة نعم لو استغنى الوقف ودفع الناظر مال المستاجر فان كل واحد يستاجره باجر مثله الان فما لم يدفع الناظر ذلك تبقى اجرة المثل تلك الاجرة القليلة فلا فرق حينئذ بين العمارة المملوكة للمستاجر وبين هذه. وفي وقف الحامدية جواز اجارة الوقف بدون اجر المثل اذا نابه نائبة او كان عليه دين فهذا .وأيد ما قلنا اذ ان المرصد دين على الوقف نقل اجرته بسببه ومثل هذا يقال في الكدك وهو ما يبنيه المستاجر في حانوت الوقف ولا يحسبه على الوقف فيقوم المستاجر بجميع لوازمه من عمارة وترميم ونحوهما ويبيعونه منه بثمن كثير فباعتبار ما يدفعه المستاجر من هذا الثمن الكثير وما يصرفه في المستقبل عَلَى ارض الوقف تكون اجرة المثل تلك الاجرة القليلة التي يدفعها وقد تكون اصل عمارة الوقف من صاحب الكدك ياخذها من الواقف ويعمرها ويجعلها للمستأجر ويؤجره باجرة قليلة وهو المسمى بالخلو وهذه امور حادثة تعارفوا عليها. وفي فتاوى العلامة المحقق عبد الرحمان افندي العمادي مفتي دمشق جواب لسؤال عن الخلو المتعارف بما حاصله ان الحكم العام قد يثبت بالعرف الخاص عند بعض العلماء كالنسفي وغيره ومنها الاحكار التي جرت بها العادة في هذه الديار وذلك بان تمسح الارض ويفرض على قدر من الاذرع مبلغ معين من الدراهم ويبقى الذي يبني فيها يؤدي ذلك القدر في كل سنة من غير اجارة فاذا كان لو رفعت عمارته لا تستاجر باكثر تترك في يده باجر المثل، ولكن لا ينبغي ان يفتى باعتبار العرف مطلقًا خوفًا من ان ينفتح باب القياس عليه في كثير من المنكرات والبدع، نعم يفتى فيما دعت الحاجة اليه وجرت به العادة في المدة المديدة وتعارفه الاعيان بلا نكير كالخلو المتعارف في الحوانيت وهو ان يجعل الواقف او المتولي او المالك على الحانوت قدراً معينًا يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكًا شرعيًا فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك اخراج الساكن الذي ثبت له الخلو ولا اجارتها لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم فيفتى بجواز ذلك قياسًا عَلَى بيع الوفا الذي تعارفوه احتيالاً على الربا ومن القواعد الكلية الامر اذا ضاق اتسع (رد محتار ملخصًا)

﴿ المادة ٤٤٢ ﴾ لو ملك المستاجر عين الماجور بارث او هبة يزول حكم الاجارة

وكذا لو ملكهُ بحكم الشراء من مالكه ولو كان الشراء فاسداً (جامع الفصولين) وفي حاشيته للرملي باع العين من المستاجر تنفسخ الاجارة وان باع البعض فبقدره اه غير انه اذا ملك العين بالهبة او بالشراء بعد ان استوفى المنفعة مدة ما فيلزمه من الاجر المسمى ما يصيب تلك المدة

فائدة : استاجر ارضاً سنة فزرعها ثم اشتراها مع رجل اخر انتقضت الاجارة ويترك الزرع في الارض حتى يستحصد ويكون للشريك على صاحب الزرع مثل نصف اجر الارض (خانية)

﴿ المادة ٤٤٣ ﴾ لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجارة

فلا تنفسخ بدون عذر الا اذا وقعت على استهلاك عين كالاستكتاب فلصاحب الورق فسخها بلا عذر واصله في المزارعة لرب البذر الفسخ دون العامل (اشباه) والاصل ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه او ماله يثبت له حق الفسخ (بيري على الاشباه)

مثلاً لو استوجر طباخ للعرس ومات احد الزوجين تنفسخ الاجارة وكذا لو كان في سنه الم فقاول الطبيب على اخراجه بخمسين قرشاً ثم زال الالم بنفسه تنفسخ الاجارة وكذلك تنفسخ الاجارة بوفاة الصبي او الظئر ولا تنفسخ بوفاة المسترضع

وذلك لان في الصورة الاولى يكون اجراء موجب العقد ممتنعاً بسبب وفاة احد الزوجين فان ماتت العروس مثلاً فلا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحق الزوج في ماله وفي الصورة الثانية يستلزم اجراء العقد قلع السن التي زال المها فيوجب ضرر المستاجر في نفسه وهو غير جائز شرعاً وعقلاً فتنفسخ الاجارة ضرورة بدون حاجة الى الفسخ وسيأتي توضيحه . ثم ان التقييد بموت احد الزوجين وسكون الم الضرس

يفهم منه انه بدونه لا يجوز للمستاجر فسخ الاجارة وليس الامر كذلك قال طحطاوي وفي المبسوط اذا استاجره ليقطع يده للاكلة او لهدم بنائه ثم بدا له ان يرجع في ذلك كان عذراً اذ في ابقاء العقد اتلاف شيء من بدنه او ماله وهذا صريح في انه لو لم يسكن الوجع يكون له الفسخ اه. وفي جامع الفصولين كل فعل هو سبب نقص المال او تلفه فهو عذر لفسخ الاجارة كما لو استاجره ليخيط له ثوبه او ليقصر أو ليقطع او يبني بناء او يزرع ارضه ثم ندم له فسخ الاجارة اه

وتنفسخ الاجارة ايضاً اذا ظهر على المؤجر دين سواء كان ثابتاً باقراره او بالبينة قبل عقد الاجارة او بعده والحال ان لا مال له غير المأجور (درر) الا اذا كانت الاجرة المعجلة التي دفعها المستاجر تستغرق قيمة المأجور (اشباه) لان المستأجر احق به من سائر الغرما فلا فائدة في الفسخ (طحطاوي) وتفسخ كذلك بافلاس خياط ليعمل بماله لا بابرته وبافلاس مستاجر دكان ليتجر (تنوير) وكذا لو استاجر دكاناً ليعمل الخياطة فتركه لعمل آخر (در مختار) بخلاف ما لو اراد التحول الى حانوت اخر هو واسع وارخص و يعمل ذلك العمل وان ليعمل عملاً اخر ان تهيأ له العمل الثاني في ذلك الدكان فلا والا فنعم (تتار خانية) وفي الولوالجية اراد المؤجر نقض الاجارة و بيع الدار لنفقته ونفقة اهله لكونه معسراً له ذلك اه واختاره الاكثرون بخلاف ما لو انهدم المنزل الذي يسكنه المؤجر فانه ليس بعذر ولو لم يكن له سوى الدار التي أجرها (خانية). وفيها ان اجر الاب او الوصي او القاضي ارض اليتيم فبلغ اليتيم في مدة الاجارة لم يكن له ان ينقضها بخلاف ما لو أجر الاب نفس الصغير فبلغ في مدة الاجارة كان له ان يفسخ اه وفيها رجل في قرية استاجر ارضاً في قرية اخرى ثم بدا له ان يترك الارض التي استاجرها فان كان بينهما مسيرة ثلاثة ايام كان له ذلك والا فلا لان في المسافة البعيدة يلحقه كثير ضرر بخلاف المسافة القصيرة والفصل بينهما مسافة السفر اه وفي الهندية استأجر ارضاً ليزرعها فمرض وعجز عن الزراعة فان كان ممن يزرع بنفسه يكون عذراً وان كان ممن لا يزرع بنفسه لا يكون عذراً اه ولو استأجر دابة فبدا له في نصف الطريق ان يعدل عن سفره فله الفسخ وعليه نصف الاجرة ان استويا صعوبةً وسهولةً والا فبقدره (در مختار) بخلاف ما لو بدأ للمكاري ان يعدل فانه ليس بعذر اذ يمكنه ارسال اجيره اما لو مرض فهو عذر و به يفتى (ملتقى). ولو اشترى مستاجر الدابة دابة فله فسخ الاجارة بخلاف

ما لو اشترى مستاجر الدار منزلاً فاراد التحول اليه ، والفرق امكان ايجار الدار لا الدابة لان الركوب يختلف باختلاف المستعملين وليست السكنى كذلك (رد محتار) واما لو اراد مستاجر الدار السفر فله فسخ الاجارة ولو اختلفا فيحلف المستأجر انه عزم على السفر (در مختار) . ولو خرج الى السفر بعد الفسخ ثم رجع وقال بدا لي في ذلك وقال خصمه انه كاذب يحلف بالله انك صادق في خروجك بعد الفسخ (رد محتار) ولو اشترى شيئاً وآجره من غيره ثم اطلع عَلَى عيب فيه فله فسخ الاجارة ورده بالعيب (تتارخانية)

تنبيه : اذا كان العذر ظاهراً كما في مسالة سكون الضرس وموت احد الزوجين فينفرد احد العاقدين بفسخ الاجارة والا كالدين الثابت باقرار المؤجر فلا ، بل لا بد فيه من رضى الاخر او قضا الحاكم و به يفتى (خانية)

وتنفسخ الاجارة ايضاً بلا حاجة الى الفسخ بموت احد عاقدين عقدها لنفسه (تنوير) الا لضرورة كما لو مات موجر السفينة في وسط البحر او مات موجر الدابة في الطريق فانها لا تنفسخ حتى يبلغ مأمناً لان الاجارة كما تنقض بالاعذار تبقى بالاعذار (در منتقى) انظر المادة ٤٨٠ ولو انفق المستاجر على الدابة في الطريق بعد موت المؤجر او استاجر من يقوم عليها فلا يرجع على ورثته لانه متبرع اذ لو ماتت الدابة جوعاً لا يضمن فلم يكن مضطراً (تتارخانية)وقد ينفسخ العقد حقيقةً بموت احد العاقدين ويبقى حكماً كما لو مات احدها والزرع بقل فيبقى العقد بالاجر المسمى الى اخر المدة (تنوير) بخلاف ما اذا مضت المدة ولم يدرك الزرع فانه يبقى باجر المثل حتى يدرك كما سيأتي في المادة ٥٢٦ ثم انه اذا مات المؤجر وبقي المستاجر ساكناً في الدار فيلزم الاجر المسمى لمضيه عَلَى الاجارة اذ لا يظهر حكم الانفساخ ما لم يطالبه الوارث بالتفريغ او بالتزام اجر اخر (در مختار) لان هذه المطالبة دليل عَلَى عدم رضاه بامضاء العقد السابق غير انه اذا طالبه بالتفريغ و بقي ساكناً فلا يلزمه اجر المثل الا اذا كانت الدار وقفاً او مال يتيم او كانت معدة للاستغلال لان المطالبة بالتفريغ تدل على ارادة المؤجر فسخ العقد السابق وعدم انشاء عقد لاحق فاذا بقي المستاجر ساكناً كانت سكناه بدون تأويل عقد فلا يجب عليه اجر المثل الا فيما استثني فقط (رد محتار بزيادة)انظر المادة ٥٩٦ اما لو طالبه الآجر بالتزام اجر اخر فيلزمه ذلك الاجر الذي

طالبه به لان استمراره على السكنى بعد مطالبة المؤجر له بذلك الاجر دليل على رضاه به (طحطاوي) راجع المادة ٤٣٨

تنبيه : لو فسخت الاجارة بموت المؤجر او بعذر بقضا او برضا فالمستاجر احق بالعين من سائر الغرما لو العين في يده وله حبسها حتى يستوفي ما تبقى له من الاجرة المعجلة سواء كانت الاجارة فاسدة او صحيحة (اشباه) ولو هلكت العين في يده بعد الحبس لا يسقط من الاجر شيء بهلاكها لانها ليست برهن من كل وجه (در مختار) ولو استاجر داراً بدينه ثم فسخت الاجارة فله ان يحبس الدار الى ان يستوفي دينه وهو احق من سائر الغرما اما اذا كانت الاجارة فاسدة فليس له ذلك ولا يقدم على الغرما (هندية و بزازية)

لا تنفسخ الاجارة بموت الوكيل او بموت الوصي والمتولي ولو كان المتولي هو الواقف على المفتى به وذلك لبقاء المستحقة عليه الاجرة والمستحقة لهم اما لو مات المعقود له بطلت(درر) ولو مات احد المؤجرين او المستاجرين فتنفسخ الاجارة بحصته وتبقى في حصة الحي (تنوير) . ولا يضره الشيوع لانه طارىء كما تقدم في المادة ٤٣٠ وتنفسخ الاجارة بالاقالة ايضاً . ولكن لو اجر المتولي مال الوقف فانما تصح اقالته اذا لم يكن الاجر مقبوضاً ، اما اذا كان مقبوضاً فلا تصح (بزازية) وفيها اذا قال المستاجر للمؤجر بع الماجور فلا تنفسخ الاجارة الا بعد البيع اه . وفيها ايضاً اذا تقايلا الاجارة والزرع لم يدرك فعلى المستاجر قلعه وتفريغ الارض ولا يقال انه يترك باجر المثل لان المستاجر رضي بالقلع حيث اقدم عَلَى الفسخ اختياراً اه .

الفصل الثاني

في شروط انعقاد الاجارة ونفاذها

❊ المادة ٤٤٤ ❊ يشترط في انعقاد الاجارة اهلية العاقدين . يعني كونهما عاقلين مميزين

فلا تنعقد اجارة المجنون والصبي غير المميز كما سيأتي في المادة ٤٥٨ واما البلوغ فليس من شروط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ حتى ان الصبي العاقل لو آجر ماله او

نفسه فان كان ماذونًا تنفذوان كان محجوراً تتوقف على اجازة الولي وكذا لو آجر الصبي المحجور نفسه وسلم وعمل وسلم من العمل يستحق الاجر فيكون الاجر له (هندية)

﴿ المادة ٤٤٥ ﴾ يشترط موافقة الايجاب والقبول واتحاد مجلس العقد في الاجارة كما في البيع

هذه المادة مع التي قبلها موضوعة لبيان شروط انعقاد الاجارة فاذا فات شيء من احكامهما لا تنعقد الاجارة اصلاً راجع الفصل الثاني والفصل الثالث من الباب الاول من كتاب البيوع

﴿ المادة ٤٤٦ ﴾ يلزم ان يكون الآجر متصرفاً بما يؤجره او وكيل المتصرف او وليه او وصيه

قد بينت في هذه المادة شروط نفاذ الاجارة وهي ان يكون المؤجر مالكاً لما يؤجره او متصرفاً به بنيابة عن المالك كالوكيل او باذن منه كالمستأجر او بولاية من قبل الشرع كالاب والوصي والمتولي غير انه اذا اجره المستأجر فلا يجوز الا لمثل المدة التي استأجر اليها ولو مات المؤجر الاول او المستأجر الاول او تفاسخا العقد انفسخت الاجارة الاولى والثانية سواء كان فسخ الاولى بالرضا او القضا بعذر او بدونه (حامدية)

﴿ المادة ٤٤٧ ﴾ تنعقد اجارة الفضولي موقوفة على اجازة المتصرف وان كان المتصرف صغيراً او مجنوناً وكانت الاجرة اجرة المثل تنعقد اجارة الفضولي موقوفة على اجازة وليه او وصيه لكن يشترط في صحة الاجارة قيام وبقاء اربعة اشياء : العاقدين والمال المعقود عليهِ وبدل الاجارة ان كان من العروض واذا عدم احد هولاء فلا تصح الاجازة

راجع المادتين ٣٦٨ و ٣٧٨ و يشترط ايضاً لصحة الاجازة ان تكون قبل انقضا مدة الاجارة سواء كان المؤجر فضولياً او غاصباً لان بقاء المدة بمنزلة قيام المبيع وقد تقدم ان اجازة بيع الفضولي يشترط فيها قيام المبيع فلو اجاز المالك اجارة الغاصب بعد انقضاء مدة الاجارة فلا تصح الاجازة ويكون كل الاجر للغاصب

لانه العاقد والمنافع تقومت بعقده فكان الاجر له ولا شيء للمالك وان اجاز بعد ما مضى بعض المدة فاجر ما مضى للغاصب واجر ما بقي للمالك وهذا قول محمد وبه يفتى . لان الاجارة تنعقد ساعةً فساعةً على حسب حدوث المنفعة (خانية) . وان قال المالك اجزت قبل انقضاء المدة فلا يصدق الا ببينة ولو قال كنت امرته بذلك فالقول قوله (حامدية) . ثم انه اذا كان المغصوب وقفاً او مال يتيم او معدًّا للاستغلال وجب على الغاصب اجر المثل ان كان ما قبضه من المستاجر اجر المثل او دونه وان كان اكثر فيرد الزائد ايضاً وبه يفتى وكذا الحكم ايضاً لو كان المؤجر فضولياً (حامدية)

الفصل الثالث

في شروط صحة الاجارة

﴿ المادة ٤٤٨ ﴾ يشترط في صحة الاجارة رضي العاقدين

فلا تصح اجارة المكره واستئجاره غير انه اذا اجاز العقد بعد زوال الاكراه انقلبت الاجارة صحيحة انظر المادة ١٠٠٦

﴿ المادة ٤٤٩ ﴾ يلزم تعيين المأجور بناءً عليه لا يصح ايجار احد الحانوتين من دون تعيين او تخيير

وكذا لا يصح ايضاً استئجار احد هذين الصانعين (هندية) . لان جهالة المأجور تستلزم جهالة المنفعة وجهالتها تفضي الى المنازعة فتفسد الاجارة

﴿ المادة ٤٥٠ ﴾ يشترط ان تكون الاجرة معلومة

سواء كانت من المثليات او من القيميات او كانت منفعة اخرى لان جهالتها تفضي ايضاً الى المنازعة فيفسد العقد وسيأتي في المادة ٤٦٤ كيفية معلومية الاجرة

﴿ المادة ٤٥١ ﴾ يشترط في الاجارة ان تكون المنفعة معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة

ويشترط ايضاً ان تكون المنفعة مقصودة معتاداً استيفاؤها بعقد الاجارة ويجري

التعامل بها بين الناس . فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها بخلاف ما لو استأجر سطحاً ليجفف ثيابه عليه فانه جائز (هندية)

✹ المادة ٤٥٢ ✹ المنفعة تكون معلومة ببيان مدة الاجارة في امثال الدار والحانوت والظئر

لانه اذا كانت المدة معلومة كان قدر المنفعة ايضاً معلوماً (رد محتار) فاذا لم تعلم المدة كانت الاجارة فاسدة فلا يجب الاجر الا بحقيقة الانتفاع (طحطاوي) انظر المادة ٤٧١

✹ المادة ٤٥٣ ✹ يلزم عند استئجار الدابة تعيين المنفعة بكونها للركوب او للحمل وتعيين من يركبها او اطلاق الركوب لمن شاء على التعميم مع بيان المسافة او مدة الاجارة

فلو استاجر دابة ليشيع عليها او ليستقبل الحاج ولم يذكر مدة او موضعاً فالاجارة فاسدة (بزازية)

✹ المادة ٤٥٤ ✹ يلزم في استئجار الاراضي ان يذكر لاي شيء استؤجرت مع تعيين المدة فان كانت للزرع يلزم بيان ما يزرع فيها او تخيير المستأجر بان يزرع ما شاء على التعميم

فان خلا شرط من ذلك فسدت الاجارة انظر المادة ٥٢٤

✹ المادة ٤٥٥ ✹ تكون المنفعة معلومة في استئجار اهل الصنعة ببيان العمل يعني بتعيين ما يعمل الاجير او تعيين كيفية عمله فاذا اريد صبغ الثياب يلزم ارائتها للصباغ او بيان لونها واعلام رقتها وغلظها مثلاً

والحاصل انه يلزم بيان العمل بما يرفع الجهالة فلو استاجره ليبني له حائطاً بالآجر والجص وعلم طوله وعرضه جاز ولو استأجره لحفر البئر ان لم يبين الطول والعرض والعمق جاز استحساناً و يوخذ بوسط ما يعمله الناس (هندية) . وانما تشترط هذه الشروط في استئجار الاجير المشترك لا الاجير الخاص اذ لا يشترط فيه الا بيان المدة

«هندية» ووجهه ان منافع الاجير الخاص كلها مستحقة للمستاجر فتعيين العمل فيه عبث

☀ المادة ٤٥٦ ☀ تكون المنفعة معلومة في نقل الاشياء بالاشارة وبتعيين المحل الذي ينقل اليه. مثلاً لو قيل للحمال انقل هذا الحمل الى المحل الفلاني تكون المنفعة معلومة لكون الحمل مشاهداً والمسافة معلومة

فاغنت الاشارة عن بيان المدة لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة « رد محتار »

☀ المادة ٤٥٧ ☀ يشترط ان تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء بناء عليه لا يصح ايجار الدابة الفارّة

ولا الدابة المغصوبة لانه لا يمكن تسليمها فلا يتمكن من استيفاء المنفعة لان تسليم المحل اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التسليم فات التمكن من المنفعة فلا تصح الاجارة

فرع : من ضلّ له شيء فقال من دلني عليه فله كذا فدله واحد لا يستحق شيئاً وان قال ذلك لواحد فدله بالكلام فكذلك وان مشي معه حتى ارشده فله اجر المثل « هندية »

الفصل الرابع

في فساد الاجارة وبطلانها

☀ المادة ٤٥٨ ☀ تبطل الاجارة اذا فقد احد شروطها

المراد بشروط الاجارة هنا الشروط الراجعة الى ركن العقد كشرط صدوره من اهله اي العاقل المميز واضافته الى محل قابل لحكمه الخ راجع المادة ٣٦١

فايجار المجنون والصبي غير المميز كاستئجارهما باطل لكن لا تنفسخ الاجارة بجنون الآجر بعد انعقادها

﴿ المادة ٤٥٩ ﴾ لا تلزم الاجرة في الاجارة الباطلة بالاستعمال

اي ولو استعمل المستأجر المأجور وانتفع به لانه لما كانت الاجارة الباطلة غير منعقدة اصلاً كان استعمال المستأجر وانتفاعه بالماجور بدون عقد وسيأتي في المادة ٤٧٢ : ان من استعمل مال غيره بدون عقد لا تلزمه الاجرة

لكن يلزم اجر المثل ان كان المأجور مال وقف او يتيم والمجنون في حكم اليتيم

لان من استعمل مال الوقف او اليتيم بدون عقد يلزمه اجر المثل انظر المادة ٤٧٢ . حتى انهم صرحوا انه لو اشترى داراً وسكنها ثم ظهر انها وقف او ليتيم لزمه اجر المثل صيانةً لمالها وهو المعتمد « رد محتار » وانما لا يجب الاجر المسمى لانه لما بطلت الاجارة بطل ما في ضمنها وهو تسمية الاجرة راجع المادة ٥٢ فوجب اجر المثل بالغاً ما بلغ . والظاهر ان المعد للاستغلال لا يكون حكمه حكم الوقف ومال اليتيم لانه اذا استعمله المستاجر بحكم الاجارة الباطلة كان استعماله بتأويل عقد «طحطاوي» وسيأتي في المادة ٥٩٦ ان المعد للاستغلال اذا استعمل بتاويل عقد لا تجب فيه اجرة المثل بخلاف مال الوقف واليتيم اذ يجب فيهما اجر المثل في كل حال

﴿ المادة ٤٦٠ ﴾ تفسد الاجارة لو وجدت شروط انعقادها وفقد احد شروط الصحة

اي انه بعد انعقاد الاجارة بصدور العقد من اهله وموافقة الايجاب للقبول وصدورهما بمجلس واحد قد تفسد الاجارة ايضاً لخلوها من احد شروط الصحة كما اذا صدرت بدون رضا احد العاقدين او وجد فيها الشيوع الاصلي كما تقدم وحيث لم يتبين في المجلة كلما يفسد الاجارة فاثرنا تلخيصه عن الكتب الفقهية المعتمد عليها فنقول :

لما كانت الاجارة نوعاً من البيع فتفسد بكلما يفسد البيع كجهالة ماجور او اجرة او عمل او مدة «در مختار» الا فيما لا يمكن فيه تعيين المدة والعمل كاجارة السمسار والمنادي والحمامي والصكاك فتجوز الاجارة في ذلك للحاجة ولو كانت المدة والعمل مجهولين « رد محتار » وتفسد ايضاً بالشروط الفاسدة المخالفة لمقتضى العقد كما اذا شرط على المستأجر علف الدابة ومؤنة الرد او مرمة الدار ومغارمها وعشرها وخراجها « اشباه »

وكذا لو استاجر رحى ماء على انه ان انقطع ماؤه فالاجر عليه فان موجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه «طحطاوي» وكذا اذا شرط عليه ان يرد الارض محروثة او يسرقنها او يكري انهارها العظيمة بخلاف الجداول الصغيرة فشرط كريها لا يفسد العقد على الصحيح والفرق ان كري الانهر العظيمة يبقى اثره لرب الارض فيحصل له فيه منفعة لا يقتضيها العقد بخلاف كري الجداول الصغيرة فان اثره لا يبقى (رد محتار) ولو استاجر ارضاً على ان يكريها و يزرعها ويسقيها صحت لانه شرط يقتضيه العقد (تنوير)٠ وفي الهندية استاجر حانوتاً كل شهر بكذا على ان يعمره ويحسب بنفقته فعمره فهذه الاجارة فاسدة وان سكن المستاجر الحانوت فعليه اجر المثل بالغاً ما بلغ والمستأجر النفقة التي انفقها على العمارة اه٠ وتفسد الاجارة ايضاً بعدم تسمية الاجر اصلاً او بجهالة الاجر المسمى كله كتسمية ثوب غير معين او بعضه كتسمية مائة درهم على ان يرمها المستاجر لصيرورة المرمة من الاجرة فيصير الاجر مجهولاً وتفسد ايضاً اذا جعل الاجر بعض ما يخرج من عمل الاجير كما لو دفع غزلاً لاخر لينسجه بنصفه او استأجر بغلاً ليحمل طعامه ببعضه او ثوراً ليطحن بره ببعض دقيقه فان الاجارة فاسدة في الكل لانه استأجره بجزء من عمله والاصل في ذلك نهيه صلعم عن قفيز الطحان ٠ والحيلة ان يفرز الاجر اولاً ويسلمه الى الاجير (در محتار) فلو خلطه بعد ذلك وطحن الكل ثم افرز الاجرة ورد الباقي جاز ولا يكون في معنى قفيز الطحان لانه لم يستأجره ليطحن بجزء منه او بقفيز منه (رد محتار)٠ وفي الخانية استأجر رجلاً ليجني هذا القطن بعشرة امناء من هذا القطن لا يجوز ولو قال بعشرة امناء من القطن ولم يقل من هذا القطن جاز اه٠ وفي الهندية دفع ارضه الى رجل ليغرس شجراً عَلَى ان تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر واجر ما عمل ولا يؤمر بقلعه ولو كانا قد اكلا الغلة حسب من اجر الغارس ما اكل٠ ولو دفع الى رجل دابة ليعمل عليها ويوٴجرها عَلَى ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فان اجر العامل الدابة من الناس واخذ الاجر كان الاجر كله لرب الدابة وللعامل اجر مثل عمله وان كان لا يؤجر الدابة من الناس وانما يتقبل الاعمال من الناس ثم يستعمل الدابة في ذلك فان الاجر يكون للعامل وعليه اجر مثل الدابة اه٠ ولو استأجر رجلاً ليصيد له او ليحتطب له فان وقّت لذلك وقتاً جاز لانه اجير خاص وشرطه بيان الوقت وان لم يوقت لايجوز ويكون الحطب للعامل (طحطاوي)٠ ولو عين

الحطب ولم يوقت فسدت الاجارة والحطب للمستاجر وعليه للاجير اجر مثله اما اذا عين الحطب وهو ملكه فتصح الاجارة وان لم يوقت و به يفتى (در مختار)

﴿ المادة ٤٦١ ﴾ الاجارة الفاسدة نافذة

حتى ان المستأجر فاسداً لو آجر اجارة صحيحة جاز لو بعد القبض انظر المادة ٥٨٨

لكن الاجر يملك فيها اجر المثل ولا يملك الاجر المسمى

غير انه لا يجب اجر المثل الا بحقيقة الانتفاع فلو تسلم المستاجر عين الماجور ولم ينتفع به حقيقةً فلا اجر عليه بخلاف الاجارة الصحيحة اذ يجب فيها الاجر المسمى بالتمكن من الانتفاع وان لم يحصل حقيقةً انظر المادتين ٤٧٠ و ٤٧١

﴿ المادة ٤٦٢ ﴾ فساد الاجارة ينشأ بعضه عن جهالة البدل وبعضه عن فقدان شرائط الاجارة

وجهالة البدل تكون كلاً كايجار دار بثوب غير معين او بعضاً كايجارها بمائة على ان يرمها المستاجر وقد استوفينا الكلام على ذلك في شرح المادة ٤٦٠

ففي الصورة الاولى يلزم اجر المثل بالغاً ما بلغ

سواء كانت الجهالة في كل البدل او في بعضه (خانية) . غير انه اذا كانت في بعضه فلا ينقص اجر المثل عن المسمى كما في غاية البيان ثم اعلم انه يجب اجر المثل بالغاً ما بلغ اذا لم يبين المؤجر الاجر بعد العقد اما اذا بينه فليس له ازيد منه . قال في الولوالجية وان تكارى دابة الى بغداد ان بلغه اياها فله رضاه فبلغه فقال رضاي عشرون فله اجر مثلها الا ان يكون اكثر من عشرين فلا يزاد عليها لان الاجر مجهول ولا يزاد على عشرين لانه ابرأه عن الزيادة (رد محتار)

وفي الصورة الثانية يلزم اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الاجر المسمى

لرضاء العاقدين به و ينقص عن المسمى لفساد التسمية (در مختار) . ويستثنى من حكم هذه المادة مسألتان: اذا آجر الوصي او المتولي مال الوقف او مال اليتيم وفسدت الاجارة بفقد احد شروط الصحة فيلزم اجر المثل بالغاً ما بلغ (رد محتار) ، الثانية استأجر داراً بعين مسماة وسكن الدار وهلكت العين قبل تسليمها يجب اجر المثل بالغاً ما بلغ (بزازية)

الباب الثالث

في المسائل التي تتعلق بالاجرة ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في بدل الاجارة

﴿ ٤٦٣ ﴾ ما صلح بدلاً في البيع يصلح بدلاً في الاجارة

لان البدل في الاجارة ثمن المنفعة وهي تابعة للعين وما صلح بدلاً عن الاصل صلح بدلاً عن التبع (رد محتار)

ويجوز ان يكون بدلاً في الاجارة مالا يصلح ان يكون ثمناً في البيع فيجوز مثلاً ان يستاجر بستان بركوب دابة او سكنى دار

فان سكنى الدار لا تصلح ان تكون ثمناً وتصلح ان تكون بدلاً في الاجارة والحاصل انه يجوز اجارة المنفعة بالمنفعة اذا اختلفا جنساً كاستئجار سكنى دار بزراعة ارض او بسكنى حانوت وكاجارة البقر بالحمير ولو اتحدا جنساً لا تجوز كاجارة سكنى دار بسكنى دار اخرى ومثلها اللبس باللبس والركوب بالركوب ويجب اجر المثل باستيفاء المنفعة لفساد العقد اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

﴿ المادة ٤٦٤ ﴾ بدل الاجارة يكون معلوماً بتعيين مقداره ان كان نقداً كثمن المبيع

﴿ المادة ٤٦٥ ﴾ يلزم ان يعلم بدل الاجارة قدراً ووصفاً ان كان من العروض اوالمكيلات او الموزونات او العدديات المتقاربة

هذا اذا كان غائباً ، اما اذا كان حاضراً في مجلس العقد فتكفي الاشارة اليه ولا حاجة الى تعريفه بوجه آخر راجع المادة ٢٣٩

ويلزم تسليم ما يحتاج الى الحمل والمؤنة في المحل الذي شرط تسليمه

فيه وان لم يبين مكان التسليم، فالماجور ان كان عقاراً يسلم في المحل الذي هو فيه، وان كان عملاً ففي محل عمل الاجير، وان كان حمولة ففي مكان لزوم الاجرة، واما في الاشياء التى ليست محتاجة الى الحمل والموءنة ففي المحل الذي يختار للتسليم

الفصل الثاني

في المسائل المتعلقة بلزوم الاجرة وكيفية استحقاقها للموءجر

﴿ المادة ٤٦٦ ﴾ لا تلزم الاجرة بالعقد المطلق · يعني لا يلزم تسليم بدل الاجارة حالاً بمجرد انعقادها

سواء كان البدل عيناً او ديناً وذلك لان العقد معاوضة واحد العوضين منفعة تحدث شيئاً فشيئا والاخر مال ومقتضى المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البدل (درر) · ثم اذا كانت الاجرة لا تستحق بالعقد فهل يملكها الموءجر حتي يصح ابراوءه المستأجر منها، قالوا اذا كانت الاجرة عيناً فلا يملكها الموءجر بالاتفاق وان كانت دينا فعامتهم على انه لا يملكها ومع هذا فعلى قول محمد وقول ابي يوسف الاول فالابراء منها صحيح لانه لما وجد العقد وهو سبب وجوب الاجرة كان من اللازم بعد وجود سبب الوجوب ان يصح الابرآء

﴿ المادة ٤٦٧ ﴾ تلزم الاجرة بالتعجيل · يعني لو سلم المستأجر الاجرة نقداً ملكها الآجر وليس للمستأجر استردادها

سواء كانت الاجارة منجزه او مضافة (هندية) وفيها لو كانت الاجرة عيناً فاعارها المستأجر او اودعها الى الموءجر فهو كالتعجيل اه

﴿ المادة ٤٦٨ ﴾ تلزم الاجرة بشرط التعجيل · يعني لو شرط ان تكون الاجرة معجلة لزم المستاجر تسليمها سواء كان عقد الاجارة وارداً على

الاعيان اوعلى العمل ،ففي الصورة الاولى للآجر انيمتنع عن تسليم المأجور وفي الصورة الثانية للاجير ان يمتنع عن العمل الى ان يستوفيا الاجرةوعلى كلتا الصورتين لهما المطالبة بالاجرة نقداً فان امتنع المستأجر عن الايفاء فلهما فسخ الاجارة.

لقد تبين ان هاتين المادتين مخصصتان لحكم المادة ٤٦٦ حيث تبين منهما ان بدل الاجارة يستحق بالتعجيل او بشرطه في الاجارة ووجهه ان امتناع ثبوت الملك للمؤجر في البدل لمجرد العقد انما هو لتحقق المساواة لكون احد العوضين منفعة لا يمكن استيفاؤها حالاً لانها تحدث ساعة فساعة فلم يلزم دفع بدلها حالاً تحقيقاً للمساواة غير انه اذا عجله المستاجر او شرط تعجيله فيكون قد ابطل المساواة التي استحقها بمقتضى العقد (طحطاوي ملخصاً)انظر شرح المادة ٤٧٣ . وشرط التعجيل انما يصح في الاجارة المنجزة اما في الاجارة المضافة فلا يصح اجماعاً بل يكون باطلاً (در مختار) ولا يلزم المستأجر للحال شيء لان امتناع وجوب الاجرة فيها بالتصريح بالاضافة الى المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجوداً قبله فلا يتغير هذا المعنى بالشرط، بخلاف المنجزة لان العقد اقتضى المساواة وليس بمضاف صريحاً فيبطل ما اقتضاه بالتصريح بخلافه (رد محتار) . ولكن قال في الدر المنتقى بعد قوله فلو مضافة لم تملك بشرط التعجيل اجماعاً ، وقيل تجعل عقوداً في كل الاحكام فيفتى برواية تملكها بشرط التعجيل للحاجة كما فيشرح الوهبانية ، قال حيدر افندي : ولما كانت المجلة قد اختارت القول بلزوم الاجارة المضافة كما مر في المادة ٤٤٠ ونصت في المادتين ٤٦٧ و ٤٦٨ على لزوم الاجرة بالتعجيل او بشرط التعجيل مطلقاً بدون تقييده بالاجارة المنجزة فقد دلت على اختيار قول الدر المنتقى اه ملخصاً

✻ المادة ٤٦٩ ✻ تلزم الاجرة باستيفاء المنفعة فلو استأجر دابة ليركبها الى محل ثم ركبها ووصل الى ذلك المحل استحق آجرها الاجرة

ولكن هذا مقيد بما اذا استوفى المنفعة في المدة فلوذكر مدة ومسافة فركبها الى ذلك المكان بعد مضي المدة لا يجب الاجر ولو لم يستوف المنفعة وحبسها في بيته ومضت المدة فان استاجرها ليركب خارج المصر لا تجب الاجرة ولو في المصر تجب

الاجرة كما افاده الطوري فلو هلكت في الاولى ضمن لتعديه بالحبس بخلاف الثانية (طحطاوي)

﴿ المادة ٤٧٠ ﴾ تلزم الاجرة ايضاً في الاجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة

اي بالتمكن من استيفائها ولو لم تستوف فعلاً وذلك لانه لما كان تسليم المنفعة المعقود عليها غير ممكن فقد اقيم مقامها تسليم المأجور الذي هو محل المنفعة وبه يحصل التمكن من استيفاء المنفعة فيوجب الاجر وان لم تستوف حقيقة غير ان هذا مقيد بثلاثة قيود الاول تمكن المستأجر من المنفعة حقيقةً فلو منعه المالك او سلمه الدار مشغولة بمتاعه او غصبها منه اجنبي فلا تجب الاجرة الا اذا امكن اخراج الغاصب بشفاعة او حماية (اشباه)، الثاني ان تكون الاجارة صحيحة كما صرح في متن المادة فلو فاسدة فلا بد من حقيقة الانتفاع كما يأتي في المادة الآتية . الثالث ان يكون التمكن من استيفاء المنفعة في المحل المضاف اليه العقد وفي المدة التي ورد عليها العقد فاذا تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي اضيف اليه العقد او تمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوماً لاجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد، اما لو استاجرها للركوب خارج المصر الى مكان معلوم فلا يجب الاجر اذا حبسها في المصر، وان ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الاجر وان ذهب بالدابة الى ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد لانه تمكن بعد مضي المدة (هندية)

مثلاً لو استأجر احد داراً باجارة صحيحة فبعد قبضها يلزمه اعطاء الاجرة وان لم يسكنها

الا اذا حال بينه وبين الدار مانع يمنعه من الانتفاع كما لو غصبت الدار منه راجع شرح الفقرة السابقة ، ولو ادعى المستاجر ان الدار غصبت منه وانكر المؤجر ولا بينة

للمستاجر بحكم الحال (تنوير) كما في مسالة الطاحونة التي ستأتي في المادة ١٧٧٦ فإن كان المستاجر هو الساكن في الدار حال المنازعة فالقول للمؤجر وان كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا اجر عليه (طحطاوي)

❊ المادة ٤٧١ ❊ لا يكفي في الاجارة الفاسدة التمكن من استيفاء المنفعة ولا تلزم الاجرة ان لم يحصل الانتفاع حقيقةً

فان حصل وجب اجر المثل اذا وجد التسليم الى المستأجر من جهة المؤجر اما اذا لم يوجد من جهته فلا اجر وان استوفى المنفعة (مجمع الانهر) لان المستأجر حينئذٍ يعد غاصباً ومنافع المغصوب غير مضمونة والظاهر من كلام بعض الفقهاء اخراج الوقف ومال اليتيم فتجب فيهما اجرة المثل في كل حال (رد محتار)

❊ المادة ٤٧٢ ❊ من استعمل مال غيره بدون عقد و بلااذنه فان كان معداً للاستغلال تلزمه اجرة المثل والا فلا

مثلاً لو اجر داراً شهراً بمائة فسكنها المستأجر شهرين لزمه الاجر المسمى عن الشهر الاول واجر المثل عن الشهر الثاني اذ كانت الدار معدة للاستغلال، وكذا اذا كانت وقفاً او مال يتيم والا فلا ، غير انه اذا دفع اجرة الشهر الثاني فلا يستردها (تتار خانية) وسيأتي تمام ذلك في المواد ٥٩٦ و ٥٩٧ و ٥٩٨

لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال بالاجرة فيلزمه الاجر وان لم يكن معداً للاستغلال لانه باستعماله في هذا الحال يكون راضياً باعطاء الاجرة

والواجب هنا الاجر الذي سماه المؤجر لا اجر المثل لرضا المستأجر بالمسمى راجع المواد ٤٣ و ٦٧ و ٤٣٨، غير انه يشترط في هذه الحالة ان يكون المستاجر مقراً بان المال للمالك اما لو كان منكراً ومدعياً الملك لنفسه فلا اجر عليه لانه يكون استعمل ذلك المال بتاويل ملك (خانية) انظر المادة ٥٩٦ وشرحها

❊ المادة ٤٧٣ ❊ يعتبر ويراعى كل ما اشترط العاقدان في تعجيل الاجرة وتأجيلها

راجع المادة ٨٣ ولا يرد عَلَى ذلك ان شرط التعجيل مخالف لمقتضى العقد وفيه نفع ظاهر للمؤجر لان قبول المستاجر بتعجيل البدل اسقاط لما استحق من المساواة التي اقتضاها العقد وهي حقه فيمكنه اسقاطها كاسقاط البائع حقه بتعجيل الثمن اذا اجله عن المشتري وكاسقاط المشتري حقه في وصف سلامة المبيع اذا قبل المبيع بكل عيوبه مع ان العقد يقتضي سلامة المبيع وقبض الثمن قبل قبض المبيع (رد محتار) راجع المواد ٣٤١ و ٣٤٢ و ٣٤٣

﴿ المادة ٤٧٤ ﴾ اذا شرط تأْجيل البدل يلزم الآجر ان يسلم الماجور اولاً كما يلزم الاجير ايفاء العمل والاجرة لا تلزم الا بعد انقضاء المدة التي شرطت

﴿ المادة ٤٧٥ ﴾ في الاجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل والتاجيل يلزم المؤجر تسليم المأجور اولاً ويلزم الاجير ايفاء العمل سواء كان عقد الاجارة وارداً على منافع الاعيان او على العمل

واذا كانت الاجارة الواردة على منافع الاعيان مطلقة عن شرط التاجيل والتعجيل كان للمؤجر طلب الاجر في نحو الدار لكل يوم وفي نحو الدابة لكل مرحلة (ملتقى) . والقياس ان يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقاً للمساواة لكن لا يخفى ما فيه من الحرج (رد محتار) وان وردت الاجارة على العمل كالخياطة والصبغ فلا يجب الاجر ما لم يفرغ الاجير من العمل ويسلم (تنوير) . فان فرغ من بعضه فلا يستحق شيئاً لان العمل في البعض لا ينتفع به ولو عمل في بيت المستاجر على ما فيه الهداية والتجريد ! لكن في المبسوط والذخيرة وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية اذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه كما لو سرق الثوب في بيت المستأجر فانه يستحق الاجر بحسابه واستشهد في الاصل بما لو استأجر انساناً ليبني له حائطاً فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر ما بنى (مجمع الانهر) انظر شرح المادة ٤٢٤

﴿ المادة ٤٧٦ ﴾ اذا كانت الاجرة موقتة بوقت معين كالشهرية او السنوية يلزم ايفاؤُها عند انقضاء ذلك الوقت . فلو كانت مشاهرة

فتؤدى عند نهاية الشهر وان كانت مسانهة ففي ختام السنة

والمراد انه اذا عقدت الاجارة مشاهرةً او مسانهة وشرط اداء الاجر في وقت معين كاول السنة او آخرها او نصفه بعد مرور شهر والنصف الاخر بعد ثلاثة اشهر لزم ايفاؤه عند حلول الوقت الذي عينه العاقدان

استطراد : تجوز الكفالة والحوالة في جميع الاجارات بالاجرة في عاجلها وآجلها سواء كانت الاجرة واجبة وقت الكفالة باستيفاء المنافع او باشتراط التعجيل او لم تكن واجبة و يكون على الكفيل مثلما على الاصيل ان لم يشترط خلافه في تعجيل و تأجيل وان عجل الكفيل الاجر لم يرجع على الاصيل حتى يحل الاجل وليس للكفيل ان ياخذ المستأجر بالاجر حتى يؤديه وان كانت الاجرة شيئاً بعينه بان كانت ثوباً بعينه وكفل به كفيل فهو جائز وان هلك الثوب عند المستاجر بريء الكفيل وعلى المستاجر اجر المثل واذا عجل المستأجر الاجر وكفل له رجل بالاجر ان انتقضت الاجارة فالكفالة جائزة (هندية ملخصاً)

﴿ المادة ٤٧٧ ﴾ تسليم المأجور شرط في لزوم الاجر فلا تلزم الاجرة الا من وقت التسليم

اي تسليم الماجور الى المستاجر بلا مانع من الانتفاع فلو سلمه مفتاح الدار فلم يقدر على الفتح لضياعه ان امكنه الفتح بلا كلفة وجب الاجر والا لا (اشباه) وسيأتي تمام الكلام على ذلك في شرح المادة ٥٨٣

تنبيه : قبض الوكيل بالاستئجار كقبض الموكل لكن لو سكنها الوكيل بنفسه قال ابو يوسف لا اجر وقال محمد الاجر على الموكل لان قبض الوكيل كقبضه فوقع القبض اولاً للموكل وصار الوكيل بالسكنى غاصباً فلا يجب الاجر عليه وفيه نظر لان الغصب من المستاجر يسقط الاجر (رد محتار عن البزازية)

فعلى هذا ليس للآجر مطالبة اجرة مضت قبل التسليم وان انقضت مدة الاجارة قبل التسليم لا يستحق الآجر شيئاً من الاجرة

﴿ المادة ٤٧٨ ﴾ لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الاجرة

وان لم تنفسخ الاجارة ما لم يفسخها المستاجر بحضور المؤجر وهو الاصح حتى لو

عاد الانتفاع قبل الفسخ لا يبقى للمستاجر حق الفسخ لزوال السبب قبله (در مختار) انظر المادتين ٥١٧ و٥١٨

مثلاً لو احتاج الحمام الى الترميم وتعطل في اثناء ترميمه تسقط حصة تلك المدة من الاجرة

وكذا لو استاجر حماماً فانقطعت ماؤه مدة اي فيسقط من الاجر حصة تلك المدة ومثله لو استاجر حماماً في قرية فنفر الناس ووقع الجلاء ومضت المدة سقط الاجر عنه وان نفر بعض الناس فلا (در مختار) . وفيه استاجر حماماً وشرط حط الاجر قدر العطلة صح وان شرط حط اجرة شهرين للعطلة فسدت الاجارة اه . لان مقتضى العقد حط الاجرة مدة العطلة قلّت او كثرت فتقييد حط الشهرين مما لا يقتضيه العقد بخلاف اشتراط حط قدرها وهذا نظير ما لو شرى زيتاً في زق واشترط حط ارطال معلومة لاجل الزق فانه يفسد بخلاف حط مقدار الزق فانه يصح (رد محتار)

وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت يسقط الاجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء

وكذا لو طغت مياه الرحى فعطلته عن الطحن مدة ومثله لو استأجر ارضاً لا تسقى الا بماء السماء فانقطع المطر فلا اجر وان لم تنفسخ الاجارة في الاصح (خانية) . كما لو استأجر ارضاً بشربها فانقطع الماء عنها او سال عليها حتى لا يتهيأ له الزراعة فلا اجر عليه لعدم التمكن من الانتفاع (مجمع الانهر) . وفي الخيرية استاجر ارضاً لزرع التتون بشربها من صهريج مائها فانهدم الصهريج وغار ماؤه فلا شيء على المستأجر لفوات التمكن من الانتفاع وان كان قد عجل شيئاً من الاجرة فيرجع بها على المؤجر اه

ثم اعلم ان سقوط الاجر مقيد بانقطاع الانتفاع بالكلية كما هو صريح المادة اما لو طرأ على الماجور خلل يخل بالمنفعة فلا يسقط شيء من الاجرة بل يثبت للمستأجر خيار العيب كما سيأتي في الفصل الثالث من الباب الخامس . وعلى هذا لو انتقص ماء الرحى فلا يسقط شيء من الاجرة غير ان المستاجر يخير بين الفسخ او الرضى ان كان

النقصان فاحشاً والا فلا خيار له و يراد بالنقصان الفاحش ان يطحن الرحى نصف ما
كان يطحنه قبل نقصان المياه (طحطاوي)

ولكن لو انتفع المستاجر من بيت الرحى بغير الطحن فيلزمه اعطاء ما
اصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة

كما لو انقطع مآء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن كالسكنى مثلاً فانه
يجب اجر السكنى سوا كانت معقوداً عليها مع منفعة الطحن ام لا كما يدل
اطلاق المتن

تتمة : اذا هلك الزرع الذي زرعه في الارض المستاجرة ولم تبق مدة يتمكن فيها
من اعادته فعليه الاجر لما مضى ولا اجر عليه في المدة الباقية (حامدية) . وفي الخانية
استاجر طاحونتين دوارتين بالماء في موضع يكون كري النهر على صاحب الطاحونة
عادةً فاحتاج النهر الى الكري وصار بحال لا يعمل الا احد الرحيين فان كان بحال لو
صرف الماء اليهما جميعاً تعملان عملاً ناقصاً فله الخيار لاختلال المقصود وما لم
يفسخ الاجارة كان عليه اجرها جميعاً وان كان بحال لو صرف الماء اليهما لم تعملا
اصلاً فعليه اجر احدهما اذا لم يفسخ الاجارة لانه لم يتمكن من الانتفاع الا باحداهما
فان تفاوت اجرها فعليه اجر اكثرهما اذا كان الماء يكفي للاكثر لانه متمكن من
الانتفاع باكثرهما وان كان ذلك في موضع يكون كري النهر على المستأجر فعليه
الاجر كاملاً لانه هو المعطل اه ملخصاً

✻ المادة ٤٧٩ ✻ من استاجر حانوتاً وقبضه ثم عرض للبيع والشرا
كساد ليس له ان يمتنع عن اعطا كراء تلك المدة بقوله ان الصنعة ما راجت
والدكان بقي مقفلاً

ولو اراد فسخ الاجارة في اثناء المدة ليس له ذاك

✻ المادة ٤٨٠ ✻ لو استاجر زورقاً على مدة وانقضت في اثناء
الطريق تمتد الاجارة حتى الوصول الى الساحل ويعطي المستأجر اجر
مثل المدة الزائدة

لان الاجارة كما تنتقض بالاعذار تبقى بالاعذار راجع شرح المادة ٤٤٣ . وكذا لو استأجر ظئراً فانقضت المدة وكان الطفل لا يأخذ ثدي غيرها فتبقى الاجارة الى ان يستغني الطفل عن الظئر (انقروي) . وفي الخانية استاجر سفينة ليحمل طعاماً الى محل معلوم فلما بلغت ذلك المحل صرفها الريح الى محل الا كترآ فان كان صاحب الحمولة معها وجب الاجر والا لا لانه اذا كان معها فالطعام في يده وقد وصل الى الموضع الذي اكترى اليه وان لم يكن معها فلا يكون متسلماً حكماً وقد علمت ان الاجر لا يجب الا بالتسليم اه

﴿ المادة ٤٨١ ﴾ لو اعطى احد داره لاخر على ان يرمها و يسكنها بلا اجرة ثم رمها وسكنها ذلك الاخر كانت من قبيل العارية ونفقة الترميم على الذي انفق وليس لصاحب الدار ان ياخذ اجرة عن مدة سكناه

ومثل ذلك لو استاجر حيواناً بشرط ان تكون نفقته عليه فيصح الشرط وتجب النفقة على المستاجر ولا اجر عليه . لكن اذا اجر الدار او الحيوان من اخر وانهدمت الدار اوهلك الحيوان فانه يضمن قيمتهما اتفاقاً لان العقد هنا اعارة لا اجارة والمستعير لا يملك الاجارة (جامع الفصولين) . ولو رم المستعير الدار ولم يسكنها فله ان يرجع عَلَى المعير بما انفق وان سكنها ولم يرمها فللمعير ان يرجع عليه باجر المثل كما في الخيرية والحامدية

فروع : لو استاجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما فلا اجر له لانه لا يعمل شيئاً لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه (مجمع الانهر) . ولكن لو استاجر من شريكه نصف سفينته او نصف طاحونته لحمل هذا الطعام او لطحنه فانه يجوز ، بخلاف ما لو استاجر دابة لحمله فلا سواء استاجر كلها او نصفها والاصل ان كلما لا يستحق الاجر الا بايقاع عمل على العين المشتركة لا يجوز وكل ما يستحق بدونه يجوز فانه تجب الاجرة بوضع العين في السفينة او الرحى لا بايقاع عمل اذ لا عمل للسفينة اصلاً اما الدابة فان لها عملاً وهو الحمل (رد محتار) . استاجر رجلاً لحفر حوض عشرة اذرع طولاً في عشرة عرضاً وبين العمق فحفر خمسة في خمسة كان له ربع الاجر لان العشرة في العشرة مائة والخمسة في الخمسة خمسة وعشرون فكان ربع العمل (انباه) . استأجر دابة ليحمل الدقيق من طاحونة كذا او الحنطة من قرية كذا فذهب فلم تكن الحنطة

قد طحنت او لم يجد في القرية حنطة فرجع فان قال استاجرت منك هذه الدابة من هذه البلدة حتى احمل الدقيق من طاحونة كذا فيجب نصف الاجرة لان الاجارة وقعت صحيحة من البلدة الى الطاحونة من غير حمل شي فيجب نصف الاجرة بالذهاب ثم الاجارة من الطاحونة الى البلدة انما كانت لحمل الدقيق ولم يوجد فلا يجب الاجر للرجوع اما اذا قال استاجرت منك هذه الدابة حتى احمل الدقيق من الطاحونة فلم يجد الدقيق فلا يجب من الاجر شي لان الاجارة هنا وقعت على حمل الدقيق من الطاحونة فلا يجب الاجر ان لم يحمل الدقيق (خانية)

الفصل الثالث

متى يصح للآجر ان يحبس المستاجر فيه لاستيفاء الاجرة ومتى لا يصح

﴿ المادة ٤٨٢ ﴾ للاجير الذي لعمله اثر كالخياط والصباغ ان يحبس المستاجر فيه لاستيفاء الاجرة ان لم يشترط نسيئتها ، وبهذه الصورة لو حبس ذلك المال وتلف في يده لا يضمن ولكن بعد تلفه ليس له اجرة

ولا يراد بالاثر عين مملوكة للعامل كالنشا والغرآء وغيرهما بل مجرد ما يعاين ويرى على ما صححه في غرر الافكار وغاية البيان تبعاً لقاضيخان وعلى هذا فغاسل الثوب لتحسينه وكاسر الفستق والحطب والطحان لهم حبس العين حتى يستوفوا الاجرة المعينة (در مختار) . واذا هلكت فلا ضمان عليهم لعدم التعدي ولا اجر لهم لهلاك المعقود عليه قبل التسليم (رد محتار) لان المعقود عليه في الاجارة كالمبيع فكما انه اذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري لا يلزمه ثمنه فكذا اذا هلكت العين قبل تسليمها للمستاجر لا تلزمه الاجرة ، ثم اعلم ان حبس العين مقيد بشرطين الاول ان تكون الاجرة معجلة كما صرحت المادة لانه لو شرط تاجيلها يكون الاجير قد اسقط حقه في حبس العين فاذا حبسها بعد ذلك كان غاصباً فتنقلب يد امانته الى الضمان . الثاني ان لا يكون عمل الاجير في بيت المستاجر لانه لو عمل في بيت مستاجره كان مسلماً له

حكماً لكون البيت في يده وهو كالتسليم الحقيقي فلا يملك الحبس بعده ولو فعل كان غاصباً فيضمن (در منتقى)

﴿ المادة ٤٨٣ ﴾ ليس للاجير الذي ليس لعمله اثر كالحمال والملاح ان يحبس المستأْجر فيه

لاستيفاء الاجرة لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له اثر يقوم مقام العين فلا يتصور حبسه « درر »

فلو حبسه وتلف المال في يده يضمن وصاحب المال في هذا مخير ان شاء ضمنه اياه محمولاً واعطى اجرته وان شاء ضمنه غير محمول ولم يعطِ اجرته

الباب الرابع

في المسائل التي تتعلق بمدة الاجارة

﴿ المادة ٤٨٤ ﴾ للمالك ان يؤْجر مالهُ وملكه لغيره مدة معلومة قصيرة كانت كيوم او طويلة كسنين

او اكثر حتى لو اجرها الى مدة لا يعيش العاقدان الى مثلها عادةً جاز واختاره الخصاف ومنعه بعضهم وظاهر اطلاق المتون ترجيح الاول وقد احترز بقوله « للمالك ان يؤجر ملكه » عن اجارة مال الوقف واليتيم واراضي بيت المال فانها لا تجوز لاكثر من ثلاث سنين في الضياع ولا كثر من سنة في غيرها كالدار والحانوت صيانة للوقف ومال اليتيم من دعوى الملكية بطول المدة وهو المختار للفتوى . فلو اجر المتولي او الوصي الى اكثر من ذلك لم تصح الاجارة وتفسخ في كل المدة لان العقد اذا فسد في بعضه فسد في كله . ولا فرق في مال اليتيم ان اجره ابوه او وصيه، اما في الوقف فيفرق بين الواقف والمتولي لان للاول ايجاره لاية مدة اراد (در مختار ورد محتار ملخصاً) وهذا اذا لم يكن الواقف قد شرط الاجارة الى مدة معينة فان فعل روعي

شرطه لان شرط الواقف كنص الشارع وان لم يشترط الاجارة الى مدة وكانت عمارة الوقف لا تحصل الأ بالاجارة الطويلة فيرفع الامر الى الحاكم ليفعل ذلك فان فعله صح ومثله مال اليتيم (حامدية)

﴿ المادة ٤٨٥ ﴾ ابتداء مدة الاجارة يعتبر من الوقت الذي سمي اي عيّن وذُكر عند العقد

﴿ المادة ٤٨٦ ﴾ ان يذكر ابتداء المدة حين العقد فتبتدئ من وقت العقد

الا اذا كان في العقد خيار شرط فان كان فمن وقت سقوطه (طحطاوي) انظر المادة ٥٠٢ . وفي الهندية اذا لم يسلم الموجر عين الماجور وقت العقد بل حبسه عنده اياماً فتسقط حصة هذه الايام من الاجرة

﴿ المادة ٤٨٧ ﴾ كما يجوز ايجار عقار على ان تكون اجرته في كل شهر كذا يصح ايضاً ايجاره لسنة بكذا من دون بيان اجرة كل شهر

وتقسم الاجرة على الاشهر بالسوية وفائدة هذه القسمة تظهر في الفسخ اثنا المدة (رد محتار) وفيه عن التتار خانية لو قال اجرتك سنة بالف كل شهر بمائة فقبل فهو اجارة بالف ومائتين كل شهر بمائة والاخير يكون فسخاً للاول، قال الفقيه وهذا اذا كان قصداً فلو غلطاً فالاجر هو الاول اه

﴿ المادة ٤٨٨ ﴾ اذا عقدت الاجارة في اول الشهر على شهر واحد او اكثر من شهر انعقدت مشاهرة وفي هذه الصورة يلزم دفع اجرة شهر كامل وان كان الشهر ناقصاً عن ثلاثين يوماً

والمراد انه اذا عقدت الاجارة في اول الشهر اعتبر الاهلة لانها الاصل في الشهور حتى لو نقص الشهر يوماً كان على المستاجر كل الاجرة (هندية)

﴿ المادة ٤٨٩ ﴾ لو اشترط ان تكون الاجارة لشهر واحد فقط وكان قد مضى بعض الشهر يعتبر الشهر ثلاثين يوماً

لانه اذا تعذر ايفاء الشهر بالاهلة التي هي الاصل يصير الى ايفائه ببدله الذي هو الايام راجع المادة ٥٣

﴿المادة ٤٩٠﴾ اذا اشترط ان تكون الاجارة كذا شهور وكان قد مضى من الشهر بعضه يتم الشهر الاول الناقص على ان يكون ثلاثين يوماً من الشهر الاخير وتوفى اجرة باقي الاشهر بحساب الاهلة

﴿المادة ٤٩١﴾ اذا عقدت الاجارة مشاهرة بدون بيان عدد الاشهر وكان قد مضى بعض الشهر فكما انه يعتبر الشهر الاول ثلاثين يوماً كذلك بقية الشهور التي بعده تعتبر على هذا الوجه كل منها ثلاثين يوماً

ولا عبرة حينئذٍ للاهلة لانها انما تعتبر اذا علم اخر المدة ليمكن تكميل الشهر الاول من الاخير وهنا اخر المدة غير معلوم

﴿المادة ٤٩٢﴾ لو عقدت الاجارة في اول الشهر لسنة تعتبر اثني عشر شهراً

﴿المادة ٤٩٣﴾ لو عقدت الاجارة لسنة وكان قد مضى من الشهر بعضه يعتبر منها شهر واحد بالايام وباقي الشهور الاحد عشر بالهلال

اي فيعتبر الشهر الاول بحساب كونه ثلاثين يوماً ويكمل من الشهر الاخير ويعتبر باقي الاشهر بالاهلة. فان آجر مثلاً في عاشر ذي الحجة فذو الحجة ان تم على ثلاثين يوماً فالسنة تتم على عاشر ذي الحجة وان تم على تسعة وعشرين فالسنة تتم على الحادي عشر من شهر ذي الحجة (رد محتار). وهذا كله اذا ذكرت السنة او ذكر الشهر مطلقاً عن تقييده بالحساب الغربي او بالحساب الرومي لانه يعتبر عند الاطلاق قمرياً لكون الحساب القمري هو الاصل في عرف الشهر اما اذا قيد العاقدان بكون السنة على الحساب الشرقي او على الحساب الغربي فالعبرة للقيد الذي اتفقا عليه وسيأتي توضيح ذلك في شرح المادة ١٦٦٠

﴿ المادة ٤٩٤ ﴾ لو استؤجر عقاراً كل شهر بكذا من دون بيان عدد الاشهر يصح العقد

في شهر واحد فقط ويفسد في بقية الشهور لجهالتها والاصل انه متى دخلت لفظة كل فيما لا يعرف منتهاه تعين ادناه (در منتقى)

لكن عند ختام الشهر الاول لكل من الآجر والمستاجر فسخ الاجارة في اليوم الاول وليلته من الشهر الثاني الذي يليه

الا انه يشترط ان يفسخ بحضور الاخر فلا يصح الفسخ بغيابه (در مختار) ولكن اذا كان المستاجر غائباً فالحيلة ان يوجر الآجر الماجور من اخر فاذا انقضى الشهر صحت الاجارة للاخر في الشهر الثاني وانفسخت الاجارة الاولى (جامع الفصولين) لانه يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح (رد محتار)

واما بعد مضي اليوم الاول وليلته فليس لهما ذلك

بل يصح العقد في الشهر الثاني واذا مضى ايضاً الشهر الثاني ولم يفسخ احدهما في اليوم الاول وليله من الشهر الثالث صح العقد ايضاً فيه الخ . لانه اذا مضى اليوم الاول وليله ولم يفسخ احدهما بحضور الاخر كان سكوتهما دلالة على الرضى وقد مر في المادة ٤٣٨ ان السكوت في الاجارة رضى وقبول فراجعها

وان قال احد العاقدين في اثناء الشهر فسخت الاجارة تنفسخ في نهاية الشهر ، وان قال في اثناء الشهر فسخت الاجارة اعتباراً من ابتداء الشهر الآتي تنفسخ عند حلوله وان كان قد قُبضت اجرة شهرين او ازيد فليس لاحدهما فسخ اجارة الشهر المقبوضة اجرته

اي ليس لاحدهما الفسخ الا بعد مضي الاشهر التي عجل اجرها لان تعجيل الاجرة عن اشهر معلومة ينفي الجهالة فتعتبر تلك الاشهر كانها تسمت وتعينت وقت العقد (طحطاوي)

﴿ المادة ٤٩٥ ﴾ لو استاجر احد اجيراً على ان يعمل يوماً ، يعمل من

طلوع الشمس الى العصر او الى الغروب على وفق عرف البلدة في شان العمل

راجع المادة ٣٦ وان كان العرف مشتركاً فيعمل من طلوع الشمس الى غروبها اعتباراً لذكر اليوم (خانية)٠ ولكن اذ انفق العاقدان على تعيين الوقت لابتداء العمل وللفراغ منه فيعمل بحسب اتفاقهما

﴿ المادة ٤٩٦ ﴾ لو استؤجر نجار على ان يعمل عشرة ايام تعتبر الايام التي تلي العقد وان كان قد استوجر على ان يعمل عشرة ايام في الصيف فلا تصح الاجارة ما لم يعين يوم بداية العمل والشهر

اذ لا بد لصحة الاجارة من تعيين وقت العمل لانه بهذه الصورة لا يمكن اعتبار المدة من وقت العقد كما مر في المادة ٤٨٦ لكون الاجارة هنا انعقدت مضافة الى المستقبل

الباب الخامس

في الخيارات و يحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في خيار الشرط

﴿ المادة ٤٩٧ ﴾ يجري خيار الشرط في الاجارة كما جرى في البيع فيجوز الايجار والاستئجار على ان يكون احد العاقدين او كلاهما مخيراً كذا اياماً

هذا صريح في انه يشترط ان تكون مدة الخيار معلومة فان لم يعينها العاقدان وقت العقد فسدت الاجارة الا انها تنقلب صحيحة اذا عينا المدة قبل تفرق المجلس راجع المادة ٣٠٠

﴿ المادة ٤٩٨ ﴾ من له الخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء اجاز في مدة خياره

ولا يشترط في الفسخ والاجازة علم صاحبه بل له ذلك بدون علمه وهو الاصح (طحطاوي عن المضمرات) واذا شرط الخيار للعاقدين فايهما اجاز في المدة سقط خياره وبقي خيار الاخر فان فسخ انفسخت الاجارة وان اجاز لزم العقد وان فسخ احدهما واجاز الاخر يترجح الفسخ سواء كانا متعاقبين او بآن واحد راجع المادة ٣٠٧

﴿ المادة ٤٩٩ ﴾ كما ان الفسخ والاجازة على ما ذكر في المواد ٣٠٢ و٣٠٣ و٣٠٤ يكونان بالقول فكذلك يكونان بالفعل ايضاً . بناء عليه لو كان الخيار للمؤجر وتصرف في المأجور بوجه من لوازم التمليك فذلك فسخ فعلي واذا كان الخيار للمستاجر فتصرف في الماجور كتصرف المستاجرين كان ذلك اجازة فعلية

فلو كان الخيار للمؤجر فعرض الماجور للبيع او رهنه او وهبه كان ذلك منه فسخاً فعلياً وكذا لو كان الخيار للمستاجر فسكن في مدة الخيار سقط الخيار، ولو انهدم المنزل بسكناه لايضمن لانه يسكن بحكم الاجارة، بخلاف ما لو كان الخيار لرب الدار فسكن المستاجر فيها فلا اجر عليه ويضمن ما انهدم بسكناه (هندية)

﴿ المادة ٥٠٠ ﴾ لو انقضت مدة الخيار قبل فسخ المخير واجازته يسقط الخيار وتلزم الاجارة

حتى لو جن من له الخيار او اغمي عليه او نام او سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة فالصحيح انه يسقط الخيار (مجمع الانهر) . وكذا لو مات من له الخيار في اثناء المدة فانه يبطل خياره (هندية)

﴿ المادة ٥٠١ ﴾ مدة الخيار تعتبر من وقت العقد

﴿ المادة ٥٠٢ ﴾ ابتدا مدة الاجارة يعتبر من وقت سقوط الخيار

حتى لو كان الخيار للمؤجر فسكن المستاجر مدة في الدار قبل سقوط الخيار فلا يلزمه اجر تلك المدة (خانية) . وفيها آجر دابة على انه بالخيار ساعةً من النهار فركبها المستأجر قبل الاجازة وقبل مضي مدة الخيار فسرقت ، فانه يضمن قيمتها ولا اجر عليه . وان كان الخيار للمستاجر لزمه الاجر ولا ضمان عليه اه . ووجهه انه اذا كان الخيار للمؤجر يكون المستاجر غاصباً بركوبه الدابة قبل الاجازة لان العقد لم يلزم لبقاء حق الموجر بالفسخ بخلاف ما لو كان الخيار للمستاجر لانه حينئذٍ يكون العقد لازماً من جهة المؤجر وموقوفاً على اجازة المستاجر فركوبه الدابة اجازة فعلية فيلزم العقد من الجانبين ويكون المستاجر قد ركب بحكم اجارة لازمة فلا يضمن الدابة اذا هلكت بغير تعديه

❊ المادة ٥٠٣ ❊ لو استؤجرت ارض على ان تكون كذا ذراعاً او دونماً وظهرت زائدة او ناقصة تصح الاجارة ويلزم الأجر المسمى لكن المستاجر مخير حال نقصانها فله ان يفسخ الاجارة ان شاء

بخلاف المؤجر فانه لا يخير في حالة الزيادة لانها مع الكمية المتصلة وصف لا يقابله شيء من البدل راجع المادتين ٢٢٤ و٢٢٦ . وهذا اذا لم يبين المؤجر اجرة كل ذراع فان بين وفصل ووجدت الارض زائدة او ناقصة فالمستاجر حينئذٍ مخير بين فسخ الاجارة او اخذ الارض بحساب الاجرة التي بينها وفصلها المؤجر كما في الهندية لان الذراع وان كان وصفاً لا يقابله شيء من البدل صار هنا اصلاً بافراده بذكر البدل راجع المادتين ٢٢٥ و٢٢٦ وانظر المادة الآتية

❊ المادة ٥٠٤ ❊ اذا استؤجرت ارض كل دونم منها بكذا دراهم فتجب الاجرة بحساب الدونم

❊ المادة ٥٠٥ ❊ يجوز عقد الاجارة على عمل عينت اجرتهُ وشرط ايفاؤه في الوقت الفلاني ويكون الشرط معتبراً

هذا على قول الصاحبين اما على قول الامام فالاجارة فاسدة لانه اذا جمع بين الوقت والعمل فيكون المعقود عليه مجهولاً لذكره فيه امرين يحتمل ان يكون كل

منهما معقوداً عليه العمل والوقت فالعمل ينفع المستاجر لانه لا يعطي الاجر الى الاجير الا بعد تمام العمل والوقت ينفع الاجير لانه يستحق الاجر بمضي المدة سواء عمل او لم يعمل ولا رجحان في احدهما فيؤدي الى النزاع (مجمع الانهر) . ولهما ان العقد يقع على العمل وذكر الوقت للتعجيل تصحيحاً للعقد عند تعذر الجمع بينهما فترتفع الجهالة (رد محتار)

مثلاً لو اعطى واحد لخياط ثياباً على ان يفصلها و يخيطها هذا اليوم او لو استكرى واحد جملاً بشرط ان يوصله في عشرة ايام الى مكة تجوز الاجارة فان قام المؤجر بالشرط استحق الاجر المسمى والا استحق اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الاجر المسمى

ولو ان الخياط لم يخط الثياب في ذلك اليوم وطالبه المستاجر مراراً فتهاون ولم يعمل حتى سرقت الثياب ضمن قيمتها قاله شمس الائمة « رد محتار » . وفي جامع الفصولين استفتيت ائمة بخارى عن قصار شرط عليه ان يفرغ اليوم من العمل فلم يفرغ وتلف الثوب في الغد اجابوا يضمن ونقل مثله عن الذخيرة ثم نقل عن فتاوى الديناري وان اختلفا فينبغي ان يصدق القصار بيمينه لانه ينكر الشرط والضمان والاخر يدعيه اه

﴿ المادة ٥٠٦ ﴾ يصح ترديد الاجرة على صورتين او ثلاث في العمل والعامل والحمل والمسافة والزمان والمكان و يلزم اعطاء الاجرة على موجب الصورة التي تظهر فعلاً

اعلم ان الترديد في الاجارة بمنزلة خيار التعيين في البيع ولهذا لا يصح اذا كان على اربع صور كما في خيار التعيين لدفع الحاجة بالثلاثة « درر » . لكن الاجارة تصح بدون خيار الشرط وذكر المدة بخلاف البيع فانه لا يصح بدونهما « هندية »

مثلاً لو قيل للخياط ان خطت دقيقاً فلك كذا وان خطت غليظاً فلك كذا فاي الصورتين عمل له اجرتها . او لو استاجر حانوتاً بشرط انه ان

تعاطى فيه العطارة فاجرته كذا ، وان تعاطى فيه الحدادة فكذا، فاي العملين عمل فيه يعطى اجرته التي شرطت٠ وكذا لو استكريت دابة بشرط ان حملت حنطة فاجرتها كذا وان حملت حديداً فكذا فايهما حملت يعطى المكاري اجرته التي عينت وكذا لو قيل للمكاري استكريت منك هذه الدابة الى جور لي بكذا والى ادرنه بكذا والى فلبه بكذا فالى ايها ذهب المستاجر يلزمه الاجر المعين له٠ وكذا لو قال الآجر اجرت هذه الحجرة بمائة وهذه بمائتين وهذه بثلاث مئة فان قبل المستأجر يلزمه اجرة الحجرة التي سكنها٠ وكذلك لو ساوم واحد الخياط على ان يخيط له جبة بشرط ان خاطها اليوم فله كذا وان خاطها غداً فله كذا جاز والشرط معتبر

وان خاطه بعد غد فله اجر المثل لا يزاد عن الاجر المسمى المبين للغد و ينقص عنه عَلَى قول الصاحبين وهو الاصح « رد محتار »٠ ثم اعلم ان قولهم يصح ترديد الاجرة قيد اتفاقي اذ لا فرق بين ترديدها ونفيها فلو قال للخياط ان خطته اليوم فلك عشرة دراهم وان خطته غداً فلا اجرلك، قال محمدان خاطه في الاول فله عشرة، وان خاطه في الغد فاجر المثل لا يزاد عَلَى عشرة في قولهم جميعاً «رد محتار »٠ وفي الهندية استاجر رجلاً على عدل زطي وعدل هروي وقال احمل الى منزلي اي العدلين شئت على انك ان حملت الزطي فلك اجر درهم وان حملت الهروي فلك اجر درهمين فحمل الزطي والهروي جميعاً الى منزله فالاجارة جائزة وايهما حمل اول مرة فهو الذي لاقاه عقد الاجارة وهو متطوع في حمل الاخر ضامن له ان ضاع في قولهم جميعاً وان حملها جملة فله نصف اجر كل واحد منهما وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند ابي حنيفة ان ضاعا وعندهما ضمنهما ان ضاعا اه

الفصل الثاني

في خيار الرؤية

❊ المادة ٥٠٧ ❊ للمستاجر خيار الرؤية

واما المؤجر فلا خيار له كما في البيع استدلالاً بحديث من اشترى شيئًا ولم يره فله الخيار و بقولهم الاجارة بيع المنفعة « رد محتار »

❊ المادة ٥٠٨ ❊ رؤية الماجور كرؤية المنافع

لانه حيث لا يمكن رؤية المنافع حقيقة لكونها معدومة تحدث شيئًا فشيئًا فقد اقيم مقامها رؤية الاجير او الماجور لانه محل المنفعة و به تعلم المنافع

❊ المادة ٥٠٩ ❊ من استأجر عقاراً ولم يره كان له الخيار اذا رآه

فان شاء رضي به وان شاء فسخ العقد ولا يشترط في الفسخ علم صاحبه فله ان يفسخ بدون علمه «رد محتار» . والرضا يكون قولاً وفعلاً فلو استاجر كرمًا لم يرهُ وكان قد باع صاحب الكرم الاشجار قبل الاجارة حتى صحت الاجارة كان للمستأجر خيار الرؤية في الكرم ، ولو تصرف في الكرم تصرف الملاك سقط خياره « هندية » . ولكن لو اكل الثمار من ذلك الكرم لا يبطل خيار الرؤية لانه تصرف في المشترى دون المستاجر « جانية »

تنبيه : لو استاجر قطعات من الارض صفقة واحدة ثم رآها فله فسخ الاجارة في الكل وليس له ان يرضى بالبعض و يترك البعض « فصولين »

❊ المادة ٥١٠ ❊ من استاجر داراً كان قد رآها من قبل ليس له خيار الرؤية الا اذا تغيرت هيئتها الاولى بانهدام محل يضر انهدامه بالسكنى فحينئذٍ يكون مخيراً

وان اختلف العاقدان في التغير بان قال المستاجر تغيرت وقال المؤجر لا بل هي على حالها فالقول للمؤجر ان كانت المدة قريبة وللمستاجر ان كانت بعيدة عملاً بالظاهر ولو اختلفا في اصل الرؤية بان قال الموجر رأيتها قبل الاجارة وقال المستاجر ما رأيتها فالقول للمستاجر لانه بنكر الرؤية راجع شرح المادة ٣٣٢

﴿ المادة ٥١١ ﴾ كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل فللاجير فيه خيار الرؤية . فلو ساوم خياطاً ليخيط له جبة فالخياط بالخيار عند رؤية الجوخ او الشال الذي يخيطه

﴿ المادة ٥١٢ ﴾ كل عمل لايختلف باختلاف المحل فليس فيه خيار الرؤية . مثلاً لو استاجر اجيراً على ان يخرج حب كذا اقة من القطن بكذا غروش ولم يرَ الاجير القطن فليس للاجير فيه خيار الرؤية

وكذا لو استؤجر ليكيل مقداراً من الحنطة او ليحجم رجلاً فلما رأى محل العمل امتنع فليس له ذلك (هندية) . وفيها استأجره ليحفر له بئراً في داره وسمى عمقها وسعتها حتى جازت الاجارة فلما حفر بعضها وجد جبلاً اشد عملاً واشد مؤنة فان كان يقدر على حفرها بالالة التي يحفر بها الابار الا انه تلحقه زيادة مشقة وتعب فانه يجبر على العمل وان كان لا يقدر على حفرها بتلك الالة لايجبر عليه ،وهل يستحق الاجر بقدر ما عمل حكى شمس الائمة الاوزجندي انه يستحق الاجر اذا كان يعمل في ملك المستاجر بخلاف ما اذا كان يعمل في غير ملكه اه

الفصل الثالث

في خيار العيب

﴿ المادة ٥١٣ ﴾ في الاجارة ايضاً خيار العيب كما في البيع

﴿ المادة ٥١٤ ﴾ العيب الموجب للخيار في الاجارة هو ما تفوق معه بالكلية او تختل معه المنافع المقصودة ، كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها ومن الرحى بانقطاع مائها او كاختلالها بهبوط سطح الدار او بانهدام محل مضر بالسكنى او بانجراح ظهر الدابة فهذه كلها من العيوب الموجبة للخيار في الاجارة . واما النواقص التي لا تخل بالمنافع

كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لا يدخل الدار برد ولا مطر و كانقطاع عرف الدابة وذيلها فليست موجبة للخيار في الاجارة

والاصل فيه ان العيب اذا حدث بالماجور فان اثر في المنافع يثبت الخيار للمستاجر كالخادم اذا مرض وكالبيت اذا انهدم سقفه والدابة اذا جرح ظهرها وكالدار اذا انهدم بعضها لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث العيب فيه يوجب الخيار وان لم يؤثر في المنافع فلا يثبت الخيار للمستاجر كانقطاع عرف الدابة وكالدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا نقص حاصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار (طحطاوي بزيادة) . ومن هذا القبيل عدم التمكن من مناولة الماء فانه لا يعد اخلالاً في منافع الدار الماجورة ولا يوجب سقوط الاجرة وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١٧ اغستوس ٣١١ (ج . م . عد ٨٩٤)

﴿ المادة ٥١٥ ﴾ لو حدث في المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة فانه كالموجود في وقت العقد

الا انه اذا كان العيب موجوداً وقت العقد فلا يثبت الخيار للمستاجر الا اذا كان لم يره قبل العقد فان رآه فلا خيار له لرضاه به (رد محتار) راجع المادة ٣٤١

﴿ المادة ٥١٦ ﴾ لو حدث في المأجور عيب فالمستأجر بالخيار ان شاء استوفى المنفعة مع العيب واعطى تمام الاجرة، وان شاء فسخ الاجارة واعطى من الاجرة حصة المدة التي انقضت من وقت العقد الى وقت الفسخ

﴿ المادة ٥١٧ ﴾ ان ازال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الاجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ

لزوال السبب لان العقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد العيب فيما ياتي بعده فسقط الخيار

وان اراد المستأجر التصرف في بقية المدة فليس للآجر منعهُ ايضاً لان الاجارة لا تنتقض بمجرد حدوث العيب بل بفسخ العاقدين فعلاً . حتى لو

خربت الدار كلها فبناها المؤجر قبل ان يفسخ المستاجر العقد ليس لاحدهما ان يمتنع (مجمع الانهر)

﴿المادة ٥١٨﴾ اذا اراد المستأجر فسخ الاجارة قبل رفع العيب الحادث الذي اخل بالمنافع فله فسخها في حضور الآجر وليس له ان يفسخها في غيابه

غير انه لا يتوقف الفسخ على رضا المؤجر لان المستاجر ينفرد بالرد قبل القبض وبعده ولا يحتاج الى القضا او الرضى (هندية) . وفيها استأجر داراً فانهدم بعضها والآجر غائب او متمرد لا يحضر مجلس القاضي لا ينفسخ وينصب القاضي وكيلاً عنه فيفسخه اه

وان فسخها في غيابه اي بدون ان يخبره لم يعتبر فسخه وكراء المأجور يستمر كما كان اما لو فاتت المنافع المقصودة بالكلية فله فسخها بغياب المؤجر ايضاً ولا تلزمه الاجرة فسخ او لم يفسخ كما مر في المادة ٤٧٨ . مثلاً لو انهدم محل يخل بالمنافع من الدار المأجورة فللمستأجر فسخ الاجارة لكن يلزمه عليه ان يفسخها في حضور الآجر اما لو خرج من الدار بدون ان يخبره فيلزمه اعطاء الاجرة كانه ما خرج ولكن لو انهدمت الدار بالكلية فللمستأجر فسخ الاجارة بدون حاجة الى حضور الآجر وعلى هذه الحال لا تلزم الاجرة

﴿المادة ٥١٩﴾ لو انهدم من الدار احدى حجرها او حائط يوجب الاخلال بالمنفعة المقصودة ولم يفسخ المستأجر الاجارة وسكن في باقيها فلا يسقط شيء من الاجرة

لانه اذا استوفى المستاجر المنفعة فيما له الخيار يلزمه الاجر كاملاً ولا يسقط منه شيء . بخلاف ما لو فات الانتفاع بالكلية كانقطاع ماء الرحي فان الاجر لا يلزمه

حينئذٍ ولو لم ينفسخ كما تقدم في المادة السابقة والمادة ٤٧٨

❊ المادة ٥٢٠ ❊ لو استأجر واحد دارين بكذا دراهم وانهدمت احداهما فله ان يترك الاثنين معاً

وليس له ان يترك المنهدمة ويمسك الاخرى لتفريق الصفقة راجع المادة ٣٥١ وكذا بالاولى لو حدث باحداهما عيب يخل بالمنفعة . وهذا اذا استاجر الدارين بصفقة واحدة فلو بصفقتين فله ذلك (طحطاوي)

❊ المادة ٥٢١ ❊ اذا استأجر داراً على ان تكون كذا حجرة وظهرت ناقصة . فهو بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وان شاء قبلها بالاجر المسمى ولكن ليس له ان يبقى على الاجارة ويحط مقداراً من الاجرة

الباب السادس

في انواع المأجور واحكامه ويشتمل على اربعة فصول

الفصل الاول

في مسائل تتعلق باجارة العقار

❊ المادة ٥٢٢ ❊ يجوز استئجار دار او حانوت بدون بيان من يسكنها

ولا بيان ما يعمل فيها فللمستاجر ان يسكنها بنفسه او يسكنها غيره باجارة او اعارة ونحوها (تنوير) . وله ان يسكنها وحده او يسكن غيره معه، ولو شرط عليه المؤجر ان يسكنها وحده وكذا كل ما لا يختلف بالاستعمال فان التقييد فيه باطل لانه غير مفيد (در مختار) راجع المادة ٤٢٨

❊ المادة ٥٢٣ ❊ من آجر داره او حانوته وكانت فيه امتعته واشياؤه فالاجارة صحيحة ويلزمه تسليمهُ بعد تخليته من امتعته واشيائه

ولا تبتدي مدة الاجارة الا من وقت تسليم العين المستأجرة (در مختار)٠ وكذا الحكم فيما لو اجر ارضاً مشغولة بزرعه اي فتصح الاجارة ويجبر الموجر عَلَى تفريغ الارض من الزرع الا اذا كان التفريغ يضره كما لو كان الزرع لم يدرك بعد راجع المادة ١٩ ٠ اما لو كانت الارض مشغولة بزرع غيره ان كان الزرع بغير حق صحت الاجارة لامكان التسليم بجبره على قلعه ادرك الزرع او لا ، وان كان بحق لا تجوز الاجارة ما لم يستحصد الزرع ،فتجوز ويؤمر بالحصاد والتسليم و به يفتى ولو لم يستحصد الزرع٠ ولكن حصده وسلم الارض فارغة انقلبت اجارة جائزة (تنوير وشرحه للعلائي) اما لو اجر ارضاً مشجرة فلا تصح الاجارة في كل حال لانه اذا وقع عقد الاجارة على الشجر فالشجر لا تجوز اجارته لانه ليس بمحل للاجارة اذ ان الاجارة عقد لاستيفاء المنافع لا لاستهلاك العين وان وقع عَلَى بياض الارض فهي مشغولة بما لا يمكن رفعه الا بضرر يلحق الموجر وفي البزازية وغيرها استاجر ارضاً فيها اشجار ان كانت الاشجار عَلَى جانب من الارض كالمسناة والجداول صحت الاجارة وان كانت في الوسط فلا الا اذا كان في الوسط شجرة صغيرة او شجرتان صغيرتان اه٠ والحيلة في ذلك ان يساقي المستاجر عَلَى الاغراس على ان يكون للمؤجر سهم من الف سهم مثلاً ثم يؤجره الارض بالبدل الذي يريده عَلَى المدة التي يريدها٠ وينبغي فيه تقديم المساقاة على الاجارة اذ لو قدم الاجارة فلا تصح لانها تكون اجارة ارض مشغولة فتفسد واذا فسدت فلا يستحق المؤجر الاجرة بل الثمرة فقط وللمستاجر اجر مثل عمله (رد محتار ملخصاً) راجع شرح المادة ٤٤١

فائدة : اشترى الاثمار على رؤوس الاشجار ثم استاجر الاشجار ليترك الثمار الى ان تدرك وقتاً معلوماً لم يكن عليه اجر الاشجار لان الشجر ليس بمحل للاجارة فتجعل الاجارة اعارة (خانية)

﴿ المادة ٥٢٤ ﴾ اذا استأجر ارضاً ولم يعين ما يزرعه فيها ولم يعمم على ان يزرع ما شاء كانت الاجارة فاسدة

للجهالة المفضية الى النزاع لان من الزرع ما ينفع الارض ومنه ما يضرها (رد محتار) اما لو عين او عمم فتصح الاجارة (ملتقى) لارتفاع الجهالة في الصورة الاولى ولعدم افضائها الى المنازعة في الصورة الثانية

لكن لو عين قبل الفسخ ورضي الآجر انقلبت الى الصحة

وتنقلب الى الصحة بزرعها ايضاً ويجب الاجر المسمى استحساناً (در منتقى) لان المعقود عليه صار معلوماً بالاستعمال وصار كأن الجهالة لم تكن (زيلعي) . لكن قال العلامة المقدسي ينبغي تقييده بما اذا علم الموجر بما زرع فرضي به والا فالنزاع ممكن (طحطاوي) . ولعل الصواب لانه اذا كانت الجهالة قد ارتفعت بالزراعة فلم يرتفع الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض فتقع بينهما المنازعة

ولو زرع المستاجر غير ما عينه المؤجر فان كان ما زرعه اقل ضرراً كما لو عين الموجر رطبة فزرع براً لا يضمن المستاجر ويجب الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير غاصباً وان كان مازرعه اشد ضرراً كما لو امره ان يزرع براً فزرع رطبة ضمن المستاجر نقصان الارض ولا اجر عليه (ملتقى) لكونهُ بالمخالفة صار غاصباً ومنافع المغصوب غير مضمونة الا في مال الوقف واليتيم المعد للاستغلال انظر المادة ٥٩٦

✻ المادة ٥٢٥ ✻ من استأجر ارضاً على ان يزرعها ما شاء فله ان يزرعها مكرراً في ظرف السنة صيفياً وشتوياً

وربيعياً وخريفياً ان امكنه ذلك واما اذا لم يمكنه الزراعة للحال لاحتياجها لسقي او لكري فان امكنه الزراعة في مدة العقد جاز والا لا (در مختار)

تنبيه : يدخل الشرب والطريق في الاجارة بدون ذكر بخلاف البيع لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان بدون شرط اما البيع فالمقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش والارض السبخة (وهي ارض ذات نزّ وملح) دون اجارتهما لعدم الانتفاع (طحطاوي)

✻ المادة ٥٢٦ ✻ لو انقضت مدة الاجارة قبل ادراك الزرع فللمستاجر ان يبقي الزرع في الارض الى ادراكه ويعطي اجر المثل

لان الزرع له نهاية معلومة فيترك باجر المثل رعاية للجانبين (درر) . غير انه يجب في ذلك رضا المؤجر او قضا الحاكم حتى لا يجب الاجر الا باحدهما (در مختار) . وهذا في غير الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال فانه اذا مضت المدة وبقي الزرع بعدها حتى ادرك يقضى باجر المثل لما زاد على المدة مطلقاً (طحطاوي) ولكن لو استاجر

ارضاً للبنا او للغرس وانقضت المدة وجب على المستاجر قلعهما وتسليم الارض فارغة لعدم نهايتهما الا ان يغرم له المؤجر قيمتهما مقلوعين ويتملكها جبراً عليه ان اضر القلع بالارض وان لم يضر بها لايتملكها الا برضاه وان رضي المؤجر بترك البنا والغرس للمستاجر فيجوز ويكون البنا والغرس لهذا والارض لذاك وهذا الترك ان باجرة فاجارة والا فاعارة وفي صورة الاعارة لهما ان يوجرا الارض وما فيها من البنا الثالث ويقتسما الاجر على قيمة الارض بلا بناء وعلى قيمة البنا بلا ارض فياخذ كل حصته ولو استاجر ارض وقف وبنى فيها او غرس ثم مضت المدة فللمستاجر استبقاؤها باجر المثل اذا لم يكن في ذلك ضرر بالوقف ولو ابى الموقوف عليهم الا القلع ليس لهم ذلك والرطبة كالشجر لعدم نهايتها فلو كانت في ارض الملك تقلع بعد نهاية المدة والمراد بالرطبة ما يبقى اصله في الارض ابداً وانما يقطف ورقه او زهره اما اذا كان له نهاية معلومة كما في الجزر والباذنجان فينبغي ان يكون كالزرع يترك باجر المثل الى نهايته. بقي لو له نهاية لكنها بعيدة طويله كالقصب فيكون كالشجر اه ملخصاً عن التنوير وشرحه للعلائي

﴿ المادة ٥٢٧ ﴾ يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان الغرض من استئجارهما اما كيفية استعماله فتصرف الى العرف والعادة

فان العمل المتعارف في الدار والحانوت هو السكنى ووضع الامتعة فلا حاجة الى التصريح به في العقد لان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً راجع المادة ٤٣

تتمة: تجوز اجارة القناة والنهر مع الماء وبه يفتى لعموم البلوى (در مختار). ولو استاجر علو منزل ليبني عليه لم يجز عند ابي حنيفة خلافاً لهما ولو استاجر طريقاً يمر فيه فعنده لا يجوز وعندهما يجوز واختار في العيون قولهما. ولو استاجر علو منزل ليمر فيه الى حجرته لا يجوز عنده وعندهما يجوز (هندية) ولو استاجر سفلاً وقتاً معلوماً ليبني عليه علواً جاز ولو استاجر حائطاً ليضع عليه جذوعاً او سترة لا يجوز (خانية)

﴿ المادة ٥٢٨ ﴾ كما انه يصح لمن استاجر داراً بدون بيان ما استؤجرت له ان يسكنها بنفسه كذلك يصح له ان يسكنها غيره ايضاً وله ان يضع فيها اشياءه وله ان يعمل فيها كل عمل لايورث الوهن والضرر للبناء

كدق الوتد وتكسير الحطب واتخاذ البالوعة ان لم تضر و بناء التنور حتى لو احترق به شيء لا يضمن الا اذا فعله في محل لا يليق به كقرب خشب وله ايضاً الانتفاع بئر الدار ولو فسدت لا يجبر على اصلاحها و يطحن برحى اليد الا اذا كان يضر بالبنا فيمنع (رد محتار)

لكن ليس له ان يفعل ما يورث الضرر والوهن الا باذن صاحبها

فليس له ان يتعاطى فيها صنعة الحدادة والقصارة ولا ان يسكنها حداداً او طحاناً الا برضا المالك او اشتراط ذلك في عقد الاجارة (تنوير) . اما لو كانت الدار وقفاً ورضي المتولي بسكنى الحداد او القصار فلا يجوز (رد محتار). قلت وظاهره انهُ لا يجوز ايضاً لو كانت الدار ليتيم لان تصرف الوصي منوط بالمصلحة. وان اختلف العاقدان في اشتراط ذلك وعدمه فالقول للمؤجر بيمينه لانه لو انكر الاجارة كان القول قوله فكذا اذا انكر نوعاً من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة (مجمع الانهر)

واما ربط الدواب فيراعى فيه عرف البلدة وعادتها وحكم الحانوت على هذا الوجه

وهذا كله اذا استؤجرت الدار والحانوت بلا بيان ما يعمل فيها اما اذا بيّن العمل وقت العقد فليس للمستاجر ان يعمل الا ذلك العمل او ما يساويه في المضرة فلو استاجر للقصارة فله الحدادة ان اتحد ضررهما (در مختار). وان عمل ما يفوقه ضرراً ضمن ولا اجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان . وان سلم الماجور لزمه الاجر المسمى استحساناً والقياس ان لا يجب (مجمع الانهر). وقد استوفينا الكلام عن ذلك في شرح المادة ٤٢٦ فراجعه فان فيه فوائد مهمة

☀ المادة ٥٢٩ ☀ اعمال الاشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائد على الآجر فتطهير الرحى على صاحبها كذلك اصلاح الدار وطرق الماء واصلاح منافذه وانشاء الاشياء التي تخل بالسكنى وسائر الامور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار

وكذا تطيين سطح الدار لا تطيين جدرانها وكاصلاح الميزاب وبئر الماء وتفريغها اذا امتلأت واصلاح بئر البالوعة والمخرج وتفريغهما ولو امتلأ من المستاجر (رد محتار) وكذا اصلاح السلم وزجاج الكوة وفي رفع الثلج اختلاف المشايخ والمعتبر فيه العرف (هندية)

وان امتنع صاحبها عن عمل ما ذكر

فلا يجبر عليه لانه لا يجبر على اصلاح ملكه (مجمع الانهر) ولكن

فللمستاجر ان يخرج منها الا اذا كانت حين استئجاره اياها على هذه الحال وكان قد رآها فانه حينئذٍ يكون قد رضي بالعيب فليس له بعد ذلك اتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار وان عمل هذه الاشياء المستأجر كان متبرعاً فليس له ان يطالب الآجر بشيء مما انفق على الاصلاح والترميم

وليس له ايضاً ان يحسبه من الاجرة وهل له نقضه، فيه تفصيل اذ قال في جامع الفصولين بنى المستاجر بلا امر المؤجر ثم انفسخت الاجارة او انقضت المدة فلو كان البنا من لبن اتخذ من تراب الدار فللمستاجر رفع البنا ويغرم قيمة التراب لمالكه وان كان من طين فلا ينقض اذ لو نقض لعاد تراباً . وحاصله ان المستاجر اذا عمر بما لو نقض يبقى مالاً كما اذا بنى بالحجر او الاجر فله نقضه والا فلا كما لو طين سطح الدار ثم اراد رفع الطين فليس له ذلك اذ لو رفعه لا يبقى مالاً (رد محتار) وفي الخانية ركب الطحان في الطاحونة حجراً او حديداً بدون امر صاحب الطاحونة فان امكن رفعه بغير ضرر يرفعه وان لم يمكن رفعه الا بضرر فلصاحب الطاحونة ان يدفع له قيمته ويتملكه اه

تنبيه : اذا اخذت من المستاجر والاكار الجباية الراتبة على الدور والحوانيت فانه يرجع بها على المؤجر وبه يفتى (در مختار)

❊ المادة ٥٣٠ ❊ الاصلاحات التي انشأها المستأجر باذن المؤجر ان كانت عائدة لاصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتنظيم القرميد فالمستأجر ياخذ نفقتها من الآجر وان لم يشترط الرجوع عليه

وان كانت عائدة لمنافع المستأجر فقط كترميم المطابخ فليس للمستأجر ان يرجع على المؤجر الا بالشرط

ومثل المطبخ البالوعة اي لو اذن المؤجر المستاجر باصلاح البالوعة فاصلحها لا يرجع المستاجر على المؤجر ان لم يشترط الرجوع عليه (در مختار) . وان اختلف المؤجر والمستاجر في مقدار نفقة البنا فيعرض على اهل الصناعة ، فان اشكل الحال بان اختلفوا فيه فالقول للمؤجر لانه ينكر الزيادة وان اجتمعوا على قول احدهما وقالوا يذهب من النفقة ما يقوله احدهما فالقول قوله لان الظاهر شاهد له نص عليه في الخيرية والبزازية والتاتارخانية ، والحيلة في تصديق المستاجر بيمينه ان يدفع للمؤجر قدراً من الاجرة ثم يرده المؤجر عليه ويأمره بانفاقه فيكون القول للمستاجر لانه امين (رد محتار)

تنبيه : اذا اذن المؤجر للمستاجر بالترميم باطلاع المؤجر او نائبه فخالف كان متبرعاً فليس له ان يرجع بشيء (حامدية)

❊ المادة ٥٣١ ❊ لو احدث المستأجر بناً في العقار الماجور او غرس شجرة فالآجر مخير عند انقضاء مدة الآجارة ان شاء قلع البنا والشجرة وان شاء ابقى ذلك واعطى قيمته كثيرة كانت او قليلة

مستحقة القلع (رد محتار) . وهذا اذا بنى المستأجر او غرس بدون اذن المؤجر فلو باذنه فيرجع عليه بما انفق .

فائدة : اذا استاجر طاحونة ثم آجرها من غيره واذنه بالعمارة فانفق المستاجر الثاني عليها فان علم انه مستاجر والطاحونة ليست له لا يرجع وان لم يعلم فظنه مالكاً رجع وهو المختار (هندية)

❊ المادة ٥٣٢ ❊ ازالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الاجارة والتطهير على المستأجر

والمراد ان رفع الزبل والاوساخ الظاهرة على المستأجر وان اختلفا فيه فالقول للمستأجر انه استاجر هذه الدار وهذه الاوساخ فيها (بزازية) . واما الاوساخ التي

ليست بظاهرة كاقذار الكنيف والبالوعة فعلى المؤجر راجع المادة ٥٢٩ . وفي اجارة الحمام نقل الرماد والسرقين وتفريغ موضع الغسالة على المستاجر سواء كان المسيل ظاهراً او مسقفاً، ولو شرط ذلك على المؤجر فسدت الاجارة . وان انكر المستاجر ان يكون الرماد من فعله فالقول قوله (خانية)

﴿ المادة ٥٣٣ ﴾ ان كان المستأجر يخرب الدار المأجورة ولم يقتدر الآجر على منعه راجع الحاكم وفسخ الاجارة

ولكن لو اظهر المستاجر في الدار الشر كشرب الخمر واكل الربا والزنا واللواطة فيؤمر بالمعروف وليس للمؤجر ولا لجيرانه ان يخرجوه (رد محتار) ومثل ذلك لو اتخذ الدار مأوى للصوص (خانية) . ثم ان لفظ الدار الوارد في متن المادة ليس قيداً احترازياً لان الحكم كذلك ولو كان الماجور ارضاً (انقروي)

الفصل الثاني

في اجارة العروض

﴿ المادة ٥٣٤ ﴾ يجوز اجارة الالبسة والاسلحة والخيام وامثالها من المنقولات الى مدة معلومة بمقابلة بدل معلوم

ولكن يشترط لصحة الاجارة ان يتبين من يستعمل المنقولات المذكورة او يعمم بان يستعملها من يشآ فان لم يبينها العاقدان ولم يعمما فسدت الاجارة (بزازية) الا انه اذالم يفسخها العاقدان حتى استعملها المستأجر او دفعها الى غيره ليستعملها انقلبت صحيحة لزوال الجهالة باعتبار التعيين انتهاء كالتعيين ابتداء ويجب حينئذٍ الاجر المسمى ولا ضمان على المستاجر بالهلاك لعدم المخالفة (در مختار) . واذا استاجر الخيام والفسطاط فله ان ينصب ذلك كما ينصب الناس فان احترق في الشمس او فسد في السفر من المطر او الثلج او تخرق من غير عنف فلا ضمان (ملتقى) . وكذا اذا اسرج فيه او علق به قنديلاً او اوقد ناراً مثل ما يوقد عرفاً وعادةً فاحترق الا اذا شرط

عليه ان لا يسرج ولا يوقد ففعل فانه يضمن اذا احترق ولا اجر عليه واذا سلم فعليهِ الاجر المسمى استحساناً (هندية)

﴿ المادة ٥٣٥ ﴾ لو استأجر واحد ثياباً على ان يذهب بها الى محل فلم يذهب لزمته اجرتها سوآ لبسها في بيته او لم يلبسها

لانه يكفي في استئجارها التمكن منها وان لم يلبسها وهي كالسكنى بخلاف الدابة فانه لا يكفي فيها التمكن منها لما في العادية استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فامسكها في بيته في المصر لا يجب الاجر ويضمن لو هلكت (رد محتار) . ومثل الثياب في الحكم الخيام، غير انه اذا استاجر فسطاطاً وانقطعت اطنابه. او انكسر عموده فلم يستطع نصبه فلا اجر عليه وان اختلفا في مقدار الانتفاع فالقول للمستاجر، وان في اصله حكم الحال اي انه اذا ادعى المستاجر ان الفسطاط تعطل عشرة ايام وادعى الموءجر خمسة فالقول للمستاجر اما لو انكر الموءجر انقطاع الانتفاع بالكلية يحكم الحال (هندية) انظر المادة ١٨٧٦

﴿ المادة ٥٣٦ ﴾ من استأجر ثياباً على ان يلبسها بنفسه فليس له ان يلبسها غيره

وان فعل فهلكت الثياب ضمن لانه بالمخالفة صار متعدياً اذ ان اللبس مما يتفاوت الناس فيه فالتقييد فيه معتبر راجع المادة ٤٢٧ . وفي الهندية لو استأجرت المرأة ثوباً لتلبسه مدة معلومة ببدل معلوم فلها ان تلبسه النهار كله ومن الليل اوله واخره وليس لها ان تلبسه فيما بين ذلك اذا كان الثوب ثوب صيانة وتجميل وان كان ثوب بذلة ومهنة كان لها ان تلبسهُ الليالي كلها وليس لها ان تنام في ثوب الصيانة في النهار فان نامت فيه فتخزق ضمنت ، وليس عليها اجر في تلك الساعة التي تخزق فيها لانها كانت غاصبة حال لبسها نائمة ولا اجر على الغاصب اه

﴿ المادة ٥٣٧ ﴾ الحلى كاللباس

الفصل الثالث

في اجارة الدواب

﴿المادة ٥٣٨﴾ كما يصح استكراء دابة معينة كذلك يصح الاشتراط على المكاري الايصال الى محل معين

ففي الصورة الاولى يكون عقد الاجارة وارداً على منفعة الدابة المعينة فليس للمؤجر ان يعطي غيرها ولو فعل فلا اجر لهُ لانه اتى بغير المعقود عليه (هندية) . وليس للمستأجر ان يطالب غيرها اذا تعبت في الطريق بل يخير بين فسخ الاجارة او انتظار الدابة حتى تستريح انظر المادة ٥٣٩ . وفي الصورة الثانية يكون العقد وارداً على ذمة المكاري فعليه ايصال الحمل الى المحل المعين على اية دابة شاء حتى لو تعبت دابته في الطريق لا يكون ذلك عذراً في فسخ الاجارة بل يجبر على ايصال الحمل الى المحل المسمى بتحميله على دابة اخرى انظر المادة ٥٤٠

﴿المادة ٥٣٩﴾ لو استأجر دابة معينة الى محل معين وتعبت في الطريق فالمستأجر مخير ان شاء انتظرها حتى تستريح وان شاء نقض الاجارة

وسلم الدابة الى صاحبها ان كان صاحبها معها وان لم يكن فلا ضمان عليه ان تركها فضاعت اذا كانت عاجزة عن المشي بالكلية (هندية وانقروي) . ومفاده انه اذا كانت قادرة على المشي حتى تصل الى اقرب قرية فانه يضمن . وان باعها واخذ ثمنها، ان كان في موضع لا يصل الى الحاكم حتى يأمره ببيعها فلا ضمان عليه لا في الدابة ولا في ثمنها، وان كان في موضع يقدر على ذلك او يستطيع ردها الى صاحبها فهو ضامن للقيمة (حامدية) . وفيها استاجر حماراً ولم يسمِّ الراكب فقصر الحمار في الطريق فوضعه عند آخر لينفق عليه لا يضمن ان هلك الحمار اه

وبهذه الحال يلزم المستأجر ان يعطي المؤجر ما اصاب تلك المسافة من الاجر المسمى

اما اذا لم يفسخ الاجارة بل ساق الدابة ولم يركبها فيلزمه الاجر المسمى كله الا اذا ساقها لعذر بها بحيث لا يقدر عَلَى الركوب (در مختار)

﴿ المادة ٥٤٠ ﴾ لو اشترط ايصال حمل معين الى محل معين وتعبت الدابة في الطريق لزم المكاري تحميله على دابة اخرى وايصاله الى ذلك المحل

راجع ما قدمناه في شرح المادة ٥٣٨

﴿ المادة ٥٤١ ﴾ لا يجوز استئجار دابة من دون تعيين

لانه لما كانت الدواب مختلفة المنفعة كانت المنفعة المعقود عليها مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة فتفسد الاجارة راجع المادة ٤٥١

ولكن ان عينت بعد العقد وقبل المستأجر ايضاً فانهُ يجوز ولو استؤجرت دابة من نوعٍ على ما هو المعتاد بلا تعيينٍ يجوز و يصرف على المتعارف المطلق· مثلاً لو استؤجر برذون من المكاري الى محل معلوم على ما هو المعتاد يلزم المكاري ايصال المستاجر بدابة الى ذلك المحل على الوجه المعتاد

ويجعل المعقود عليه حملاً في ذمة المكاري والبرذون آلة وجهالتها لا تفسد العقد (در مختار)

﴿ المادة ٥٤٢ ﴾ لا يكفي في الاجارة تعيين اسم الخطة ومسافتها فقط الا ان يكون اسم الخطة علماً متعارفاً لبلدة· مثلاً لو استؤجرت دابة الى بوسنه او الى العراق لا يصح اذ يلزم تعيين البلدة او القصبة او القرية التي يذهب اليها ولكن لفظ الشام مع انه اسم قطعة قد تعورف اطلاقه على بلدة دمشق فلهذا لو استؤجرت دابة الى الشام يصح

اما في صورة استئجارها الى بوسنه او العراق فيلزم اجر المثل · والاصل فيه

ان في كل موضع هو اسم للولاية اذا بلغ الادنى فعليه اجر المثل لا يتجاوز المسمى (هندية)

﴿ المادة ٥٤٣ ﴾ لو استوءجرت دابة الى مكان وكان يطلق اسمه على بلدتين فايتهما قصدت يلزم اجر المثل · مثلاً لو استكريت دابة من اسلامبول الى جكمجه ولم يصرح هل الى كبيرها او صغيرها فايتهما قصدت يلزم اجر المثل بنسبة مسافتها

﴿ المادة ٥٤٤ ﴾ لو استكريت دابةالى بلدة يلزم ايصال مستاجرها الى داره

﴿ المادة ٥٤٥ ﴾ من استكرى دابة الى محل معين فليس له تجاوز ذلك المحل بدوناذن المكاري · فاذا تجاوزهفالدابة في ضمان المستأجر الى ان يسلمها سالمة وان تلفت في ذهابه وايابه يضمن

لانه صار غاصباً ولا يبرأ من الضمان بردها الى المحل الذي سماه ولو كان قد استأجرها ذهاباً واياباً في الاصح (ملتقى) · واذا هلكت الدابةوضمن قيمتها فلا اجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان راجع المادة ٨٦ · اما لو سلمت الدابة فيلزمه الاجر المسمى لانه استوفى المنفعة المعقود عليها مع زيادة (رد محتار) ولا اجر عليه لزيادة المسافة (هندية)

﴿ المادة ٥٤٦ ﴾ لو استكريت دابة الى محل معين فليس للمستأجر ان يذهب بتلك الدابة الى محل آخر فان ذهب وتلفت الدابه يضمن · مثلاً لو ذهب الى اسلميه بالدابة التي استكراها على ان يذهب بها الى تكفور طاغ وعطبت يلزم الضمان

ولا اجر عليه سواء هلكت الدابة او سلمت (هندية) · اما في الصورة الاولى فلان الاجر والضمان لا يجتمعان واما في الصورة الثانية فلانه استوفى بدون عقد غير

المنفعة المعقود عليها فكان غاصباً ومنافع المغصوب غير مضمونة الا اذا كان وقفاً او مال يتيم او معداً للاستغلال راجع المادة ٤٧٢

﴿ المادة ٥٤٧ ﴾ لو استؤجر حيوان الى محل معين وكانت طرقه متعددة

ولم يعين المؤجر طريقاً منها

فللمستاجر ان يذهب باي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس . ولو ذهب المستأجر من طريق غير الذي عينه صاحب الدابة وتلفت فان كان ذلك الطريق اصعب من الطريق الذي عينه يلزم الضمان

لان التعيين بهذه الصورة مفيد لتفاوت الطرق راجع المادة ٤٢٧ فالمستأجر بالمخالفة يكون متعدياً فيضمن بالهلاك ولا اجر عليه

وان كان مساوياً او اسهل فلا

لانه اذا كان مساوياً فلا عبرة للتعيين لعدم التفاوت راجع المادة ٤٢٨ ، وان كان اسهل فتكون المخالفة الى خير فلا تعدٍ فلا ضمان ان هلكت الدابة وان بلغ المستأجر ذلك المحل بالدابة سالمة لزمه الاجر المسمى لحصول المقصود (در منتقى) لان جنس الطريق واحد فلا يظهر حكم الخلاف الا بظهور اثر التفاوت وهو الهلاك فاذا سلم بقي التفاوت صورة لا معنى فوجب الاجر المسمى (رد محتار)

﴿ المادة ٥٤٨ ﴾ ليس للمستأجر استعمال الدابة ازيد من المدة التي عينها المؤجر وان استعملها وتلفت في يده ضمن

وان سلمت فليس عليه الا الاجر المسمى للمدة المعينة فقط وفيما زاد على المدة يكون غاصباً فلا اجر عليه الا اذا كانت الدابة وقفاً او ليتيم او معدة للاستغلال انظر المادة ٥٩٦

﴿ المادة ٥٤٩ ﴾ كما يصح استكراء دابة على ان يركبها فلان كذلك يصح استكراء دابة على ان يُركبها المستأجر من شاء على التعميم ايضاً

فله حينئذٍ ان يركبها بنفسه او ان يُركبها غيره باعارة واجارة غير انه يتعين اول راكب ركبها فلا يجوز بعد ذلك ركوب غيره (در مختار) . وان اركب غيره ضمن كل القيمة اذا هلكت لان الراكب الاول تعين مراداً من الاصل فصار كانه نص عَلَى ركوبه ابتداء (رد محتار) انظر المادة ٥٥٢

﴿المادة ٥٥٠﴾ الدابة التي استكريت للركوب لا تُحمَّل وان حُملت وتلفت يلزم الضمان وبهذه الحال لا تلزم الاجرة انظر المادة ٨٦

حتى لو حمل عليها صبياً صغيراً فعطبت الدابة كان المستأجر ضامناً قيمتها كما لو حمل مكان الصبي حملاً اخر (خانية) . ولكن لو استأجر دابة ليركب فركب وحمل مع نفسه حملاً يضمن قدر الزيادة ان عطبت الدابة وتفسير ذلك ان يرجع الى اهل البصر فيسال منهم كم يزيد هذا الحمل على ركوبه في الثقل وهذا اذا لم يركب موضع الحمل لانه حينئذٍ يضمن كل القيمة (هندية)

﴿المادة ٥٥١﴾ الدابة التي استكريت على ان يركبها فلان لا يجوز اركابها لغيره

لان الركوب مما يتفاوت الناس فيه فالتقييد فيهِ معتبر راجع المادة ٤٢٧ . بخلاف مالو استأجر دابة ليحمل عليها حمل نفسه فحمل عليها حمل غيره فانه لا يضمن (هندية)

فان فعل وتلفت يلزم الضمان

للتعدي ولا يجب الاجر المسمى سواء هلكت او سلمت . اما في صورة الهلاك فلان الاجر والضمان لا يجتمعان اما في ضورة السلامة فلان منافع الدابة تكون قد استوفيت بطريق الغصب ومنافع المغصوب غير مضمونة غير انه اذا كانت الدابة مال وقف او يتيم او معدة للاستغلال فيلزم المستأجر اجر المثل انظر المادة ٥٩٦ . وفي التتارخانية استأجر دابة ليركب فاركب غيره ثم انزله وركب لا يبرا من الضمان اه

﴿المادة ٥٥٢﴾ من استاجر دابة على ان يركبها من شاء فان شاء ركبها بنفسه وان شاء اركبها غيره ولكن ان ركبها هو او اركبها غيره تعين المراد بركوبه وتخصص فلا يصح بعد ذلك اركاب اخر

وسواء ركبها المستاجر او ركب غيره ليس لهُ ان يردف غيره فلو اردف اجنبياً يستمسك بنفسه وعطبت الدابة بعد بلوغها المكان المقصود ، فان كانت تطيق حمل الاثنين ضمن نصف قيمتها (تنوير) سواء كان الرديف اخف منهُ او اثقل لان ركوب احدهما مأذون فيه دون الآخر فتنصف القيمة وعليه الاجر كله لانه استوفى المنفعة المعقود عليها وزيادة ولا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لان الاجر لركوبه والضمان لركوب غيره فلم يجتمعا (رد محتار) ، وان كانت لا تطيق حمل الاثنين فيضمن كل القيمة سواء كان الرديف يستمسك بنفسه او لا وكذا لو حمله على عاتقه ، اي فانه يضمن ايضاً كل القيمة ولو كانت الدابة تطيق حمل الاثنين لان الحمل في مكان واحد فيكون اشق عَلَى الدابة (در مختار) . وان كان الرديف صغيراً لا يستمسك بنفسه فيضمن المستأجر بقدر ثقله كما لو حمل شيئاً اخر . وطريقة معرفة الزيادة ان يسأل اهل الخبرة كم يزيد هذا الصغير فيضمن المستأجر بقدر الزيادة ولا يرجع على الرديف سواء اركبه باجر او لا (در مختار) . لان المستأجر ملك الدابة بالضمان فصار الرديف راكباً دابته باذنه فلا رجوع عليه مطلقاً اما اذا ضمن المؤجر الرديف فيرجع عَلَى المستاجر بما ضمن اذا كان مستاجراً منه لانه غره ضمن عقد معاوضة ، وان كان مستعيراً فلا يرجع عليه لانه وان غره لكنه لم يضمن له صفة السلامة ولا عقد معاوضة بينهما (ردمحتار) انظر شرح المادة ٦٥٨ . ولو اقعد المستأجر اجنبياً في السرج وجعل نفسه رديفاً فلا اجر عليه سواء عطبت الدابة او سلمت لانه لما رفع يده عن الدابة واوقعها في يد غيره صار غاصباً غير انه اذا هلكت الدابة فيضمن كل القيمة سواء كانت تطيق حمل الاثنين او لا (رد محتار عن غاية البيان)

﴿ المادة ٥٥٣ ﴾ لو استكرى احد دابة للركوب من دون تعيين من يركبها ولا التعميم على ان يركبها من شاء تفسد الاجارة

لجهالة الراكب فلا يجب الاجر المسمى الا بحقيقة الانتفاع ما لم تكن الدابة مال وقف او يتيم راجع المادة ٤٧١

لكن لو عين او بيّن قبل الفسخ تنقلب الى الصحة وعلى هذه الصورة ايضاً لا يركب غير من تعين على تلك الدابة

وكذا لو لم يعين حتى ركبها المستاجر او اركبها احداً اي فتنقلب الاجارة ايضاً الى الصحة ويجب الاجر المسمى استحساناً لزوال الجهالة بجعل التعيين انتهاء كالتعيين ابتداء وليس للمستأجر بعد ذلك ان يركبها غير الذي ركبها اولا وان فعل ضمن (مجمع الانهر) راجع شرح المادة ٥٤٩

﴿المادة ٥٥٤﴾ لو استكريت دابة للحمل يعتبر في الاكاف والحبل والعدل عرف البلدة

﴿المادة ٥٥٥﴾ لو استكريت دابة من دون بيان مقدار الحمل ولا التعيين باشارة يحمل مقداره على العرف والعادة

حتى لو حملها المستأجر الحمل المعتاد فلا ضمان عليه لو هلكت اما لو حملها حملاً غير معتاد فانه يضمن . ولو لم يحملها بل ركبها او اركب غيره جاز ولا يضمن لان الحمل يتناول الركوب غير ان ما يفعله اولاً من الحمل والركوب بنفسه او اركاب غيره يصير كأن العقد قد ورد عليه حتى لو فعل بعد ذلك شيئاً يخالف الاول كما اذا ركب ثم حمل او ركب بنفسه ثم اركب غيره يصير غاصباً ضامناً (خانية) . ولو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معيناً فحمل عليها اكثر منه فان سلمت لزمه الاجر المسمى (در مختار) لانه استوفى المنفعة المعقود عليها مع زيادة وان هلكت الدابة، فان كانت لا تطيق مثل هذا الحمل ضمن المستأجر كل القيمة للزيادة ووجب عليه الاجر كله للحمل، وان كانت الدابة تطيق مثل هذا الحمل ضمن المستأجر ما زاد الثقل وعليه الاجر ايضاً (تنوير) والضمان في مقابلة الزائد والاجر في مقابلة الحمل المسمى فلم يجتمعا (رد محتار) وهذا اذا حملها المستاجر اما اذا حملها صاحبها بيده وحده فلا ضمان على المستاجر (مجمع الانهر) لان صاحبها هو المباشر حتى لو استكرى ابلاً ليحمل كل بعير مائة رطل فحمل مائة وخمسين ثم اتى الجمال بابله فاخبر المستكري ان ليس كل حمل الا مئة رطل فحمل الجمال وقد عطب بعض الابل لاضمان على المستكري لان صاحب الجمل هو الذي حمل فيقال له كان ينبغي لك ان تزن اولاً (رد محتار) وان حمل الدابة صاحبها والمستأجر معاً فهلكت بسبب زيادة الحمل وجب على المستأجر نصف القيمة بفعله وهدر فعل ربها ولو كان الحمل في جولقين فحمل كل منهما جولقاً

وحده ووضعاه على الدابة معاً لا ضمان على المستاجر ويجعل حمله ما كان مستحقاً بالعقد وكذا لا ضمان لو حمل المستأجر اولاً ثم رب الدابة وان حملها ربها اولا ثم المستاجر ضمن نصف القيمة (تنوير) راجع شرح المادة ٤٢٦

﴿المادة ٥٥٦﴾ ليس للمستأجر ضرب دابة الكراء من دون اذن صاحبها ولو ضربها وتلفت بسببه ضمن

مطلقاً اي سواء ضربها على الوجه المتعارف ام لا وهذا على قول الامام الاعظم وعليه الفتوى (هندية)٠ واطلاق المادة يدل على اختياره ٠ وكذا يضمن ايضاً لو كبح الدابة بلجامها فعطبت بسببه (ملتقى) او عنف في السير (رد محتار) او نزع السرج ووضع الاكاف سواء كانت الدابة توكف بمثله او لا او اسرجها بما لا تسرج بمثله او استاجرها بغير لجام فالجمها بلجام لا تلجم بمثله فانهُ في هذه الصور كلها يضمن قيمة الدابة كلها اذا هلكت (تنوير)٠ اما لو ابدل اللجام بلجام مثله او نزع الاكاف ووضع مكانهُ سرجاً فلا يضمن الا اذا زاد السرج وزناً فيضمن بحسابه (در مختار)٠ ولو استأجرها بسرج لا يركبها عريانة ولا يحمل عليها متاعاً ولا يستلقي ولا يتكي على ظهرها بل يركب على العرف والعادة (طحطاوي) واذا استاجرها عريانة فاسرجها فان كان من ذوي الهيئات فلا ضمان عليه مطلقاً والا فان ركبها في المصر ضمن وان خارج المصر لا يضمن وهل يضمن كل القيمة او بقدر ما زاد السرج ، صحح قاضيخان الاول (رد محتار)

﴿المادة ٥٥٧﴾ لو اذن صاحب دابة الكراء بضربها فليس للمستأجر الضرب الا على الموضع المعتاد فان ضربها على غيره كما لو كان المعتاد ضربها على عرفها وضربها على راسها وتلفت يلزم الضمان

ما لم ياذنهُ صاحبها بالضرب على الموضع غير المعتاد فلا يضمن حينئذٍ (هندية)

﴿المادة ٥٥٨﴾ يصح الركوب على دابة استكريت للحمل

لان الركوب اقل ضرراً من الحمل وقد مر بك في المادة ٤٢٦ ان من استحق منفعة معينة لهُ ان يستوفي مثلها او دونها لان الرضى باعلى الضررين رضا بالادنى وبمثله دلالةً (هندية)

☀المادة ٥٥٩☀ لو استكريت دابة عين نوع حملها ومقداره فكما انه يصح تحميلها من ذلك النوع فانه يجوز ايضاً تحميلها حملاً من نوع اخر مماثلاً له او اهون منه في المضرة ايضاً ولكن لا يصح تحميل شيء اكثر ضرراً . مثلاً لو استكرى دابة ليحملها خمسة اكيال حنطة كما يصح له ان يحملها من ماله او مال غيره خمسة اكيال حنطة من اي نوع كان كذلك يجوز له ان يحملها خمسة اكيال شعير

لان الخمسة اكيال من الشعير اخف وزناً من الخمسة اكيال من الحنطة وكذا يجوز له ان يحمل مثل وزن الحنطة شعيراً لان ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزناً اخف من ضرر الحنطة لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما تاخذه الحنطة فيكون اخف عليها بالانبساط حتى لو هلكت الدابة فلا ضمان على المستأجر بل يلزمه الاجر المسمى لاستيفاء المنفعة (طحطاوي)

ولكن لو استكريت دابة لتحمل خمسة اكيال شعير فلا يجوز تحميلها خمسة اكيال حنطة

لان ثقل خمسة اكيال حنطة اعظم من ثقل خمسة اكيال شعير حتى لو هلكت الدابة بهذه الصورة ضمن المستأجر كل القيمة للتعدي ولا اجر عليه وان سلمت لا يلزمه الاجر المسمى لانه حمل جنساً آخر فصار غاصباً (رد محتار)

كما لا يصح تحميل الدابة مائة اقة حديد اذا استكريت لتحمل مائة اقة قطن

لانه وان كان وزن القطن والحديد متساويا الا ان الحديد يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيضرها وكذا لو حمل بدل القطن حطباً او بدل الحنطة تبناً او ملحاً ولو هلكت الدابة ضمن جميع القيمة في هذه الصور كلها ولا اجر عليه ان سلمت لانه استوفى منافعها بطريق الغصب (رد محتار) . وفيه اذا ركب المستاجر فوق الحمل لا يلزمه اجر ركوبه غير انه اذا هلكت الدابة ضمن قيمتها كلها اه

﴿المادة ٥٦٠﴾ وضع الحمل عن الدابة على المكاري

﴿المادة ٥٦١﴾ نفقة الماجور على الآجر. فعلف الدابة التي استكريت واسقاؤها على صاحبها

حتى لو لم يعلفها المستاجر او لم يسقها فماتت فلا ضمان عليه (بزازية). ولو شرط علف الدابة على المستاجر فسدت الاجارة (اشباه) اي لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمؤجر

ولكن لو اعطى المستاجر علف الدابة بدون اذن صاحبها فهو متبرع وليس له بعد ذلك الرجوع بثمنه على صاحبها

اذ لو ترك الدابة بدون علف حتى ماتت جوعاً لم يضمن (اشباه). وفي الهندية اكترى حماراً فعيي في الطريق فامر المكتري رجلاً ان ينفق على الحمار ففعل المامور ان علم المامور ان الحمار لغير الآمر لا يرجع بما انفق على احد لانه متبرع، وان لم يعلم له ان يرجع على الآمر وان لم يقل الامر على انه ضامن اه

فروع: استاجر دابة ليحملها قدراً معلوماً فرضت فحملها دونه فلا يرجع بشيء من الاجرة لانه رضي بذلك (در مختار). استأجر دابة ثم جحد الاجارة في الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصباً حتى لو تلفت بعد جحوده ضمن كل القيمة (هندية). قلت ولو كانت الدابة وقفاً او مال يتيم او معدة للاستغلال لزمه اجر المثل لما بعد الجحود ايضاً

الفصل الرابع

في اجارة الادمي

﴿المادة ٥٦٢﴾ يجوز اجارة الادمي للخدمة او لاجراء صنعة ببيان مدة او بتعيين العمل بصورة اخرى كما بيّن في الفصل الثالث من الباب الثاني

مفاده انه لا بد في اجارة الادمي من تعيين المنفعة اما بتعيين المدة واما بتعيين العمل والا فالاجارة فاسدة

﴿المادة ٥٦٣﴾ لو خدم واحد آخر بناءً على طلبه بدون تعيين اجرة فله اجر المثل ان كان ممن يخدم بالاجرة والا فلا

مثلاً لو دفع ثوبه الى دلال ليبيعه له ولم يقاوله على الاجرة فاخذ الدلال الثوب وباعه استحق اجر المثل وان لم يشترط اجراً عند اخذه الثوب لان المعروف ان الدلال يعمل بالاجرة والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً راجع المادة ٤٣ ولكن لو استعان برجل في السوق ليبيع متاعه فتسلم الرجل المتاع وباعه ولم يكلمه المستاجر بشيء يتعلق بالاجرة وكان الرجل ممن لا يخدمون بالاجرة عادةً فلا اجر له (در مختار) لان عمله محمول على الاعانة

﴿المادة ٥٦٤﴾ لو قال واحد لاخر اعمل هذا العمل وانا اكرمك ولم يبين مقدار ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به استحق اجر المثل

بالغاً ما بلغ سواء كان ممن يعمل بالاجرة او لا لان الاكرام الذي وعد به المستأجر ورضي به الاجير قائم مقام الاجرة الا انه حيث كان مجهولاً وجهالة البدل تفسد الاجارة فقد استحق الاجير اجر المثل لدى ايفاء العمل المعقود عليه . الا انه لو قال الاجير لا اريد منك شيئاً ثم عمل فلا اجر له لما في الخانية دفع الى خياط ثوباً اوقال له خطه حتى اعطيك اجرك فقال الخياط لا اريد منك اجراً ثم خاطه فلا اجر له سواء كان بينهما خلة او لم يكن اه . ولو اختلفا بعد ذلك فقال المستأجر كنا قلنا انك تعمل بلا اجر وقال الاجير بل باجر ينظران كان الاجير ممن يعمل ذلك العمل بالاجرة فالقول قوله بيمينه انه لم يعمل تبرعاً والا فالقول للمستأجر . اما اذا كان اختلافها قبل العمل فيتحالفان و يبدا بيمين المستاجر (ردمحتار وحامدية) . ومما يتفرع على هذه المادة ما لو قال لرجل اعمل في كرمي حتى ازوجك ابنتي فعمل فله اجر المثل بالغاً ما بلغ سواء زوجه بنته او لم يزوجه (حامدية) وفي فتاوى علي افندي عن القنية قال رب الدين لمديونه اكرب هذه الارض بجهة المزارعة فكربها فله اجرة مثله لان المديون اذا دفع حماره او ارضه لرب الدين لينتفع به ما دام الدين عليه فانتفع فعليه اجر المثل فهذا اولى اه . والسبب في وجوب اجر المثل ان المديون انما كرب الارض وانما دفع حماره او ارضه الى الدائن عوضاً عن منفعة الدين لا مجاناً .

﴿ المادة ٥٦٥ ﴾ لو استخدمت العملة بدون تسمية اجرة تعطى اجرتهم ان كانت معلومة والا فاجر المثل . والاصناف الذين يماثلونهم يعاملون على هذا الوجه

﴿ المادة ٥٦٦ ﴾ لو عقدت الاجارة على ان يُعطى الاجير شيء من القيميات لا على التعيين يلزم اجر المثل . مثلاً لو قال واحد لآخر ان خدمتني كذا اياماً اعطيك زوجاً واحداً من البقر ، ففعل الاجير فلا يستحق البقر بل اجر المثل

بالغاً ما بلغ لانه جعل بدل الاجارة زوجاً من البقر ولم يعينه بالاشارة وحيث لا يمكن ثبوت الحيوان ديناً في الذمة كان بدل الاجارة مجهولاً وجهالته تفسد العقد فوجب اجر المثل عند استيفاء المنفعة

ولكن يجوز استئجار الظئر بالبستها كما جرت العادة

اعلم ان استئجار الظئر لا يصح قياساً لوروده على استهلاك العين وهو اللبن ، غير انه جوز استحساناً لتعامل الناس ودفعاً للحاجة لكن يشترط فيه التوقيت اجماعاً (رد محتار) وكما يصح استئجارها ببدل معلوم بالتعيين او الاشارة يجوز ايضاً استئجارها ببدل مجهول كالطعام والكسوة لجريان العادة بالتوسعة على الظئر شفقة عَلَى الولد (در مختار) فان عينت الكسوة ووصفت لزم المستأجر ما عين

وان لم توصف الالبسة ولم تعرف فتلزمه من الدرجة الوسطى

وعلى الظئر غسل الصبي وثيابه عن البول ونحوه لا عن الوسخ في الاصح (هندية) وعليها ايضاً اصلاح طعامه ودهنه وليس لها ان تأكل شيئاً يفسد لبنها و يضرّ به (رد محتار) وليس لها ان ترضعه بلبن شاة فلو فعلت ومضت المدة فلا اجر لها (تنوير) لان المعقود عليه الارضاع والتربية لا اللبن والتغذية (درمختار) . لان لبن الامرأة لا قيمة له فلا تقع الاجارة عليه بل عَلَى فعل الارضاع والتربية والحضانة ولهذا لم يجز استئجار الحيوانات للارضاع لان للبن البهائم قيمة فتقع الاجارة عليه وهو مجهول واجارة المجهول لا تصح وان ادعى ابو الصبي ان الظئر ارضعته بلبن شاة

فانكرت و برهنا فبينتها اولى وان لم يبرهنا فالقول لها بيمينها استحساناً (هندية) . اما لو دفعت الصغير الى خادمتها او الى امها لترضعه او استأجرت امرأة ترضعه فلها ذلك وتستحق كل الاجر الا اذا شرط ارضاعها على الاصح (در مختار) . وفيه لو آجرت نفسها للارضاع لقوم آخرين ولم يعلم الاولون فارضعتهما وفرغت اثمت ولها الاجر كاملاً على الفريقين لشبهها بالاجير الخاص والمشترك اه . ومفاد قوله « لم يعلم الاولون » انهم لو علموا لهم فسخ الاجارة الثانية (رد محتار)

﴿ المادة ٥٦٧ ﴾ ما يُعطياه الخادم من الخارج لا يحسب من الاجرة

﴿ المادة ٥٦٨ ﴾ لو استؤجر استاذ لتعليم علم او صنعة وسميت الاجرة فان ذكرت مدة انعقدت الاجارة صحيحة على المدة حتى ان الاستاذ يستحق الاجرة بوجوده حاضراً مهيئاً للتعليم، تعلم التلميذ او لم يتعلم

لانه لما انعقدت الاجارة صحيحة بتعيين الاجر والمدة استحق الاستاذ الاجرة لمجرد تسليمه نفسه للتعليم في المدة المعقود عليها لكونه اجيراً خاصاً وقد مر في المادة ٤٢٥ ان الاجير الخاص يستحق الاجرة اذا كان في مدة الاجارة حاضراً للعمل ولا يشترط عمله بالفعل وفي الخانية لو مضى بعض المدة ولم يتعلم التلميذ كان لوالده ان يفسخ الاجارة اه

وان لم تذكر مدة انعقدت الاجارة فاسدة وعلى هذا الوجه ان تعلم التلميذ فالاستاذ يستحق الاجرة والا فلا

والمراد بالاجرة هنا اجر المثل لا يزاد على المسمى راجع المادتين ٤٦٢ و ٤٧١

المادة ٥٦٩ اعطى ولده لاستاذ ليعلمه صنعة

وشرط احدهما على الاخر اجراً معلوماً لكل اسبوع او لكل شهر جاز ويلزم الاجر المسمى (هندية) اما لو اعطى ولده للاستاذ

بدون ان يشترط احدهما على الاخر اجرة فلما تعلم الصبي طلب احدهما الاجرة من الاخر فانه يعمل بعرف البلدة وعادتها

راجع المادة ٣٦ . مثلاً لو دفع رجل ابنه الى حائك مدة معلومة ليعلمه النسج

وشرط احدهما عَلَى الاخر اجراً معلوماً جاز ووجب عَلَى المشروط عليه الاجر المسمى للمشروط له. ولو لم يشترط احدهما على الاخر اجراً و بعد التعليم طلب كل منهما اجره من الآخر اعتبر عرف البلدة في ذلك العمل ، فان كان العرف يشهد للاستاذ وجب له عَلَى الرجل اجر مثل تعليم تلك الصنعة، وان كان يشهد للرجل وجب له على الاستاذ اجر مثل ولده (درر)

﴿ المادة ٥٧٠ ﴾ لو استأجر اهالي قرية اماماً او معلماً او مؤذناً ووقتوا للاجارة وقتاً معلوماً جاز ووجب عليهم الاجر المسمى للامام او المعلم او المؤذن اذا كان وقت الاجارة حاضراً للعمل وان لم يعمل بالفعل راجع المادتين ٤٢٣ و٤٢٥ . اما اذا لم يعينوا له اجرا معلوماً او لم يعينوا للاجارة مدة معلومة فتفسد الاجارة ، وحينئذٍ ان عمل

واوفى خدمته فله اجرة من اهل تلك القرية

غير انه اذا فسدت الاجارة بجهالة الاجر او بعدم التسمية فله اجر المثل بالغاً ما بلغ وان فسدت بسبب عدم تعيين المدة فله اجر المثل لا يزيد على المسمى راجع المادة ٤٦٢ وكذا الحكم ايضاً فيما لو استأجر اهل السوق حارساً . وفي الاشباه ان اكثر اهل السوق اذا استاجروا حارساً و كره الباقون ولم يرضوا كانت كراهتهم باطلة والاجرة تؤخذ من الكل ، وكذا في منافع القرية اه. وفي الخانية اهل بلدة ثقلت عليهم المؤونات فاستأجروا رجلاً باجر معلوم ليذهب الى السلطان ويرفع القصة ليخفف عنهم السلطان نوع تخفيف ويأخذ الاجرة من عامة اهل البلدة ، فان كان بحال لو ذهب الى بلدة السلطان يتهيأ له اصلاح الامر في يوم او يومين جازت الاجارة ، وان كان بحال لا يحصل المقصود الا في مدة اكثر من يومين فان وقتوا للاجارة وقتاً جازت وله كل المسمى وان لم يوقتوا فسدت وكان له اجر المثل على اهل البلدة عَلَى قدر مؤنتهم ومنافعهم اه. غير ان هذا غير مختص باهالي القرية او باهل السوق فانه لو استأجر متولي الجامع او المدرسة مؤذناً او معلماً فالحكم كذلك (حامدية وعلي افندي)

﴿ المادة ٥٧١ ﴾ الاجير الذي استؤجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره

ولو ابنه واجيره سوآ نهاه المستأجر عن استعمال غيره او لم ينهه (رد محتار) لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة بان استأجر رجلاً للخدمة شهراً لا يقوم مقامه غيره او بان استأجر حانوتاً معيناً فليس للمؤجر ان يعطيه غيره لانه استيفاء للمنفعة بلا عقد (در مختار) ولكن لو استؤجرت الظئر فلها استعمال غيرها ولو شرط ارضاعها (تنوير)

مثلاً لو اعطى الخياط جبة على ان يخيطها بنفسه بكذا دراهم فليس للخياط ان يخيطها بغيره بل يلزم ان يخيطها بنفسه وان خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن

وان خالف الى خير بان استعمل من هو اصنع منه لان ما يختلف بالمستعمل فالتقييد فيه مفيد ومعتبر راجع المادة ٤٢٧

اما لو خاط الجبة بغيره وسلمت فلا اجر له لان المستأجر يكون قد استوفى غير العمل المعقود عليه ۰ ولهذا قال في الخانية لو دفع الى غلامه او تلميذه لايجب الاجر اه وليس للخياط الثاني على صاحب الجبة شيء لعدم العقد بينهما اصلاً ، وهل للخياط الثاني عَلَى الاول اجر المثل، محل تردد فليراجع (رد محتار) ۰ قلت لاتردد اذ لو كان الخياط الثاني حريفاً لهذه الصنعة وجب له اجر المثل والا فلا راجع المادة ٥٦٣ والمادة ٤٣ وهذا اذا لم يشترطا اجراً معلوماً اذ لو عينا اجراً وجب له الاجر المسمى كما هو ظاهر

✵ المادة ٥٧٢ ✵ لو اطلق العقد حين الاستئجار فللاجير ان يستعمل غيره

لان العمل المعقود عليه حينئذٍ لا يتعلق بذات الاجير بل بذمته فيمكنه ايفاء العمل بنفسه او بالاستعانة بغيره (طحطاوي)

✵ المادة ٥٧٣ ✵ قول المستأجر للاجير اعمل هذا العمل اطلاق ۰

مثلاً لو قال واحد للخياط خط هذه الجبة بكذا دراهم ولم يقيده بقوله خطها بنفسك او بالذات وخاطها الخياط بخليفته او خياط آخر فانه يستحق

الاجر المسمى وان تلفت الجبة بلا تعدٍ لا يضمن

والحاصل ان قوله خطها بنفسك او بذاتك او بيدك تقييد وما سواه اطلاق ولو اختلفا فقال المستأجر اشترطت عليك ان تخيطه بنفسك وقال الخياط بل اطلقت لي ان اخيطه بمن اشا فالقول للخياط لانه ينكر الشرط والضمان والمستأجر يدعيهما فلا يصدق الا ببينة (رد محتار)

استطراد : استأجر رجلاً ليجيء بعياله من محل معلوم فلما توجه الاجير الى ذاك المحل وجد العيال قد ماتوا جميعاً فلا اجر له اصلاً لان المعقود عليه المجيء بهم ولم يوجدوا اما لو مات بعضهم فجاء بمن بقي فله اجر الذهاب بكماله واجر المجيء بحسابه لو كان العيال معلومين لانه اوفى بعض المعقود عليه وان لم يكونوا معلومين فله الاجر المسمى كله ان كانت المؤنة لا تقل بنقصان عددهم كما لو كان الذي مات صغيراً او كان ذلك في استئجار سفينة لانه لا يظهر فيها التفاوت بنقصان العدد ولو من الكبار وان كانت المؤنة تقل بنقصان عددهم فله الاجر بحسابه اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

✻ المادة ٥٧٤ ✻ كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الاجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها فالعادة في الخيط ان يكون على الخياط

وفي الحبل ان يكون على المكاري وكذا يعتبر العرف في اللجام والسرج اذا استؤجر الحيوان للركوب (هندية)

✻ المادة ٥٧٥ ✻ يلزم الحمال ادخال الحمل الى الدار ولكن لا يلزمه وضعه في محله . مثلاً ليس على الحمال رفع الحمل الى الطابق العلوي ولا افراغ الذخيرة من العنبر

ما لم يشترط عليه ذلك وقت العقد (در مختار) . وانظر كيف صح هذا الشرط مع انه مخالف لمقتضي العقد ولعل وجه صحته كونه يتضمن ايفاء منفعة مخصوصة وهي وضع الحمل في محله فكأنه بهذا الشرط استأجره على الايصال والوضع معاً .

✻ المادة ٥٧٦ ✻ لا يلزم المستاجر اطعام الاجير الا ان يكون عرف البلدة كذلك

وعلى هذا فاطعام الظئر في بلادنا والخادم الذي يستخدم في البيوت عائد على المستأجر

﴿المادة ٥٧٧﴾ ان دوّر دلال مالاً ولم يبعهُ وبعد ذلك باعه صاحب المال فليس للدلال اخذ الاجرة وان باعه دلال آخر فليس للاول شيء والاجرة كلها للثاني

لان الدلال عادةً لا يستحق الاجرة بعرض المبيع للبيع بل بوقوع البيع حقيقةً وهذا استحسان مخالف للقياس افتى بهِ المتأخرون واختارته جمعية المجلة عملاً بالعرف والعادة

﴿المادة ٥٧٨﴾ لو اعطى احد ماله للدلال وقال بعهُ بكذا دراهم فان باعه الدلال بأزيد من ذلك فالفاضل ايضاً لصاحب المال وليس للدلال سوى الاجرة

المسماة لو كان الاجر معيناً والا فاجرة المثل بالغة ما بلغت . ولو قال للدلال بعه بكذا وما زاد فهو بيني وبينك قال ابو يوسف ان لم يزد او لم يبعه فلا اجر للدلال وان تعنَّى في ذلك وتعب لان الآمر نفى الاجر اذا لم يزد، وان باعه باكثر فله اجر المثل لا يتجاوز نصف الزيادة وبه يفتى (خانية)

﴿المادة ٥٧٩﴾ لو خرج مستحق بعد اخذ الدلال اجرته واخذ المبيع او رد المبيع بعيب لا تسترد اجرة الدلال

وكذا لو تقايلا البيع او فسخاه بسبب من الاسباب لان الاجرة عوض مقابل بالعمل وقد تم العمل فلا يحق الرجوع على الدلال كالخياط اذا خاط الثوب ثم فتقه صاحب الثوب فانه لا يرجع على الخياط بالاجر . وكذا صاحب الدار اذا هدم داره لا يرجع على البنَّا بشيء (خانية) . وفيها ، الدلال اذا دفع الثوب لمن يريد الشرا لينظر فيه ثم يشتري فاخذه الرجل وذهب به ولم يظفر به الدلال قالوا لا يضمن الدلال لانه مأذون في هذا الدفع عادة . قال مولانا عندي انما لا يضمن اذا دفع اليه الثوب ولم يفارقه اما اذا فارقه ضمن كما لو اودعه الدلال عند اجنبي او تركه عند من

يريد الشرآ اه٠قلت والذي يلوح من نص المادتين ٦٠٧ و٦٠٩ ان القول الثاني اصح وسنحققه هناك

☀المادة ٥٨٠☀استأجر حصادين ليحصدوا زرعه الذي في ارضه فبعد ان حصدوا بعضه وتلف الباقي بنزول البرد او بآفة اخرى فلهم ان يأخذوا من الاجر المسمى حصة ما حصدوه وليس لهم اخذ الاجرة عن الباقي

لان الاجارة قد انفسخت بهلاك الباقي من الزرع حيث لم يبق محل لاجرائها راجع شرح المادة ٤٤٣

☀المادة ٥٨٩☀ كما ان للظئر فسخ الاجارة لو مرضت فكذا للمسترضع فسخها ايضاً اذا مرضت اوحملت اولم يأخذ الصبي ثديها اواستفرغ لبنها

وكذا لو كانت سارقة او بذيئة اللسان لانه اذا مرضت او حبلت فيضر لبنها بالصغير وتتضرر هي ايضاً بالرضاع فكان لها وللمسترضع فسخ الاجارة ولها ايضاً الفسخ باذية اهله لها وكذا اذا لم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها وكذا اذا عيروها به لانها تتضرر به وهذا اذا امكن معالجة الطفل بالغذاء او باخذ لبن الغير والا فليس لها الفسخ وعليه الفتوى (رد محتار)٠ ولو كان للظئر زوج فله اذا كان زواجه بها ظاهراً اي معلوماً بغير اقراره واقرارها فسخ الاجارة مطلقاً (تنوير) اي بعذر او بدونه وسواء كانت الاجارة تشينه لوجاهته بين الناس او لا لان له ان يمنعها الخروج من بيته ولان الارضاع والسهر يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع (طحطاوي)٠ ولو كان الصبي لا يأخذ ثدي غيرها بل ولو خيف عليه الهلاك (خانية)٠ وهذا اذا كانت الظئر اجرت نفسها بدون اذنه اما اذا كان اذن لها فليس له الفسخ (ملتقى) ولو مات الصبي او الظئر انتقضت الاجارة ولو مات ابوه لا تنتقض (در مختار) لان الاجارة واقعة للصبي لا لابيه سواء كان له مال او لا ولهذا لو كان للصبي مال تجب الاجرة من ماله لانها كالنفقة وان لم يكن له مال فمن مال ابيه (رد محتار) وان لم يكن للصبي مال حينما استأجرها الاب ثم اصاب مالاً فاجر ما مضى على الاب واجر ما بقي في مال الصغير (طحطاوي) ولو استأجر ظئراً ترضع صبيين له فمات احدهما فانه يرفع عنه نصف الاجر وليس له اقامة صبي اخر مقام الاول (هندية)

الفصل السابع

في ما للمؤجر والمستأجر وما عليهما بعد العقد
ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في تسليم المأجور

﴿المادة ٥٨٢﴾ تسليم المأجور عبارة عن اجازة الآجر واذنه للمستأجر بان ينتفع بالمأجور بلا مانع

ولا حائل، اذ لو خلى بين المستاجر والمأجور وكان ثمة مانع يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة كما لو غصب الماجور بعض المدة فلا يصح التسليم ويسقط من الاجرة حصة تلك المدة (تنوير) راجع شرح المادة ٤٧٠ . ومن هذا القبيل ما لو سلم للمستأجر مفتاح الدار فعجز المستاجر عن فتحها بذلك المفتاح او ضاع المفتاح اياماً فان امكنهُ الفتح بلا مؤنة لزمه الاجر والا فلا لان التخلية لم تصح وليس للمؤجر ان يحتج ويقول هلاَّ كسرت الغلق ودخلت وان اختلفا في العجز وعدمه ولا بينة يحكم الحال فينظر الى المفتاح فان لائم الغلق وامكنهُ فتحه به فالقول للمؤجر والا فالقول للمستاجر ولو برهنا فبينة المؤجر اولى وان كان المفتاح لا يلائم لانه لا عبرة بتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه ولكن انما تقبل بينة المؤجر اذا ادعي ان المفتاح كان يلائم الغلق لكنَّ المستاجر غيَّرهُ والمستاجر يقول لا بل لم يكن ملائماً من الاصل (رد محتار عن الذخيرة)

فائدة : لو سلم المؤجر الماجور للمستاجر بعد مضي بعض المدة فليس للمستاجر ان يمتنع عن تسلمه ما لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب فيه لاجله فان كان في الماجور كذلك خيّر المستاجر في المدة الباقية (تنوير) . مثاله لو استأجر رجل حانوتاً لمدة معلومة في بلدة يجري فيها بتلك المدة موسم او سوق دوري فلم يسلمه المؤجر الا بعد مضي جملة ايام من تلك المدة فالمستاجر مخير في المدة الباقية ان شاء فسخ وان شاء رضي بما بقي من المدة وحط من الاجرة حصة ما مضى

﴿المادة ٥٨٣﴾ اذا انعقدت الاجارة صحيحة على المدة او المسافة لزم تسليم المأجور للمستأجر على ان يبقى في يده متصلاً ومستمراً الى انقضاء المدة او ختام المسافة . مثلاً لو استأجر عربة لكذا مدة او ليذهب بها الى المحل الفلاني فله ان يستعمل العربة في ظرف تلك المدة او الى ان يصل ذلك المحل وليس لصاحبها ان ياخذها منه ولا ان يستعملها في اموره في تلك الاثناء

وان فعل سقطت اجرة ما بقي من المدة اوالمسافة ولكن لو استأجر داراً على سنة كل شهر بكذا فقبضها وسكنها مدة ثم امتنع عن اداء الاجرة فجاء المؤجر واخذ مفتاح الدار وقفلها شهراً فلا يسقط شيء من الاجرة لان المستاجر كان قادراً على السكنى باداء ما كان توجب عليه من الاجرة (بزازية)

﴿المادة ٥٨٤﴾ لو آجر احد ملكه وكان فيه ماله لا تلزم الاجرة ما لم يسلمه فارغاً الا ان يكون قد باع المال ايضاً من المستاجر

لانه اذا لم يسلمه فارغاً لا يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة وبدون ذلك لا تلزم الاجرة راجع شرح المادة ٤٧٠ . وفي الهندية ادعى المستاجر انه استاجر الارض وهي فارغة وادعى المؤجر انها كانت مشغولة ومزروعة يعتبر الحال فان كانت الارض فارغة فالقول للمستأجر وان كانت مشغولة فالقول للمؤجر اه

﴿المادة ٥٨٥﴾ لو سلم الآجر الدار ولم يسلم حجرة وضع فيها اشياءه يسقط من بدل الاجارة حصة تلك الحجرة

وكذا لو سكن المؤجر مع المستأجر في الدار اي فيسقط من الاجرة حصة ما شغله بسكناه (در مختار)

والمستأجر مخير في باقي الدار وان خلى الآجر الحجرة وسلمها قبل الفسخ عادت الاجارة لازمة فلا يبقى للمستأجر حق الفسخ

الفصل الثاني

في تصرف العاقدين في المأجور بعد العقد

﴿ المادة ٥٨٦ ﴾ للمستأجر ايجار المأجور من آخر

اي من غير مؤجره امامن مؤجره فلا يجوز سواء كان مؤجره مالكاً او مستاجراً من المالك لان المستاجر في حق المنفعة قائم مقام المؤجر فان اجره الماجور يكون قد ملك المالك منافع ملكه وهو غير جائز شرعاً وان تخلل ثالث بين المؤجر والمستاجر وبه يفتى . ولو آجر المستاجر من المؤجر فلا تنفسخ الاجارة الاولى لان الثانية فاسدة فلا ترفع الاولى لكونها صحيحة وعليه الفتوى حتى ان المؤجر لو قبض الماجور بحكم الاجارة الثانية وكانت مدة الاجارة الاولى لم تنقض فللمستاجر ان يسترده منه لينتفع به ما بقي له من المدة و يسقط عنه من الاجرة حصة المدة التي بقي بها الماجور بيد الآجر اما اذا انقضت مدة الاجارة الاولى بالكلية فتسقط الاجرة بتمامها عن المستاجر اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار . و كذا الحكم فيما لو اعار المستاجر الماجور من الآجر ي فلا تكون الاعارة فسخاً للاجارة لكن يسقط الاجر عن المستاجر ما دام المأجور في يد الآجر (خانية) .

قبل القبض ان كان عقاراً وان كان منقولاً فلا

اي فلا يجوز اجارة المنقول الا بعد قبضه بخلاف العقار فان اجارته جائزة قبل القبض و بعده راجع المادة ٢٥٣ ولو ان المستاجر آجر الماجور من اخر وسلمهُ ثم تقايلا العقد هو والمؤجر الاول صحت الاقالة وانفسخت الاجارة الاولى والثانية لان الاجارة بيع المنافع وهي تحدث شيئاً فشيئاً فالمستاجر يملك منفعة كل يوم بيومه فهي باقية على ملك المالك فصح التقايل بينه وبين المستأجر لان لم يملك المستقبلة واذا انفسخت بالاقالة لم يبقَ له حق فيما يحدث من المنافع في كل يوم بيومه فانفسخت الاجارة الثانية لانها مبنية على الاولى (حامدية)

﴿ المادة ٥٨٧ ﴾ للمستأجر ان يؤجر من آخر ما لا يتفاوت استعماله والانتفاع به باختلاف الناس



هذه المادة قد قيدت وخصصت المادة السابقة والمراد انه لا يجوز للمستاجر ان يؤجر لاخر من العقار والمنقول الا ما لا يتفاوت استعماله باختلاف المستعمل كالدور والقدور ولو شرط عليه المؤجر ان يستعمله بنفسه لما مر في المادة ٤٤٨ من ان التقييد فيما لا يختلف باختلاف المستعملين باطل وكما يجوز له اجارة ما ذكر من العقار والمنقول يجوز له ايضاً اعارته كما في الهندية غير انه لا يؤجر ولا يعير الا لاستيفاء مثل المنفعة المستحقة له بالاجارة الاولى راجع المادة ٤٢٦ ٠فلو استأجر بيتاً للسكنى فليس له ان يؤجره او يعيره لمن يتعاطى صنعة توهن البنا او تضره كالحدادة و لطحن وما شاكلهما وان فعل كان ضامناً٠ اما مايختلف باختلاف المستعملين كالدواب والثياب فيجوز للمستاجر ان يؤجره او يعيره من آخر اذا استاجره على ان يستعمله بمن شاء والا فلا راجع المادتين ٥٥١ و٥٥٢٠ وفي الخانية استاجر فسطاطاً كان له ان يؤجره من غيره ولكن ليس للمستأجر ان يتخذه مطبخاً فلو فعل ضمن ما انتقص الا اذا كان الفسطاط معداً لذلك

﴿ المادة ٥٨٨ ﴾ من استأجر شيئاً اجارة فاسدة وقبضه ثم اجره من اخر اجارة صحيحة جاز

هذا احد قولين مصححين ٠ وفي رد المحتار ان في المسألة اختلاف تصحيح والمعظم على الجواز ويلزم المستاجر الثاني الاجر المسمى لا اجر المثل اه٠ على انه آجر المستاجر اجارة فاسدة اجارة صحيحة فعلى قول الفريقين يجوز للمؤجر الاول نقض الاجارة الاولى والثانية واسترداد عين المأجور (جامع الفصولين)٠ لانه لو باع بيعاً فاسداً ثم المشتري آجره فللبائع نقض الاجارة وكذا هذا بخلاف البيع اي لو ان المشتري فاسداً باع المبيع لاخر بيعاً صحيحاً فليس للبائع الاول فسخ البيع الثاني والفرق ان الاجارة تفسخ بالاعذار وليس البيع كذلك (رد محتار)

﴿ المادة ٥٨٩ ﴾ لو آجر احد ما له من آخر اجارة لازمة على مدة معلومة ثم اجره ايضاً لتلك المدة من غيره لا تنعقد الاجارة الثانية ولا تعتبر الا اذا اجازها المستأجر الاول فان اجازها نفذت والا فلا٠ وهذا اي عدم صحة الاجارة الثانية مقيد بامرين الاول ان تكون الاجارة الاولى صحيحة لازمة فلو

فاسدة او فيها خيار شرط للمؤجر فآجر من اخر قبل نهاية مدة الخيار نفذت الثانية و بطلت الاولى ٠ الثاني ان يؤجر العين للمدة المعقود عليها للمستاجر الاول فلو آجر لمدة غيرها صحت الاجارة الثانية وانعقدت مضافة الى زمن الاستقبال راجع المادة ٤٤٠

※ المادة ٥٩٠ ※ لو باع الآجر المأجور بدون اذن المستأجر كان البيع نافذاً بين البائع والمشتري وان لم يكن نافذاً بحق المستأجر

اي ان البيع يكون نافذاً بحق البائع والمشتري سواء كان المشتري عالماً حين البيع بان المبيع باجازة الغير او لم يكن اما بحق المستاجر فلا ينفذ مطلقاً بل يتوقف على اجازته او على انقضاء مدة الاجارة راجع المادة ٤٦

حتى انه بعد انقضاء مدة الاجارة يلزم البيع في حق المشتري وليس له الامتناع عن اخذ المبيع الا ان يطلب تسليمه له من البائع قبل انقضا مدة الاجارة و يفسخ القاضي البيع لعدم امكان تسليمه وان اجاز المستأجر البيع نفذ في حق كل منهم ولكن لا يؤخذ المأجور من يد المستأجر ما لم يصل اليه مقدار ما لم يستوفهِ من بدل الاجارة الذي عجله ولو سلم المستأجر المأجور قبل استيفائه ذلك سقط حق حبسه للمأجور

ولو باع المؤجر ما آجره واجاز المستاجر حتى انفسخت الاجارة ثم ان المشتري رد المبيع بطريق ليس بفسخ لا تعود الاجارة وان بطريق هو فسخ تعود و به يفتى بزازية ٠ ولكن في الهندية لا تعود الاجارة مطلقاً اه

تتمة: في تصرف المؤجر بالاجرة اذا ابرأ المؤجر المستاجر من الاجرة او وهبها منه او تصدق بها عليه وكان ذلك بعد استيفاء المنفعة جاز ولو كان قبل استيفاء المنفعة ولم يشترط تعجيل الاجرة في العقد لم يجز عند ابي يوسف عيناً كانت الاجارة او ديناً والاجارة على حالها لا تنفسخ ٠ وقال محمد ان كانت الاجرة ديناً جاز ذلك قبل المستاجر او لم يقبل ولا تنتقض الاجارة وان كانت عيناً فوهبها وكان ذلك قبل ان يتقابضا فان كان قبل الهبة تبطل الاجارة وان رد الهبة لم تبطل وعادت الاجارة على حالها ولو ابرأه عن الاجر او وهبه منه فان كان ديناً وشرط التعجيل صح بالاجماع والعقد

على حاله ، ولو ابرأه عن الكل الا درهماً صح بالاجماع لانه بمنزلة الحط ولو كانت الاجرة عيناً لا يصح الابراء ولو كان قد استوفى بعض المنفعة كما لو كانت الاجارة على سنة فمضى نصفها ثم ابرأه عن جميع الاجرة او وهبها منه فانه يبرأ عن الكل عند محمد وعند ابي يوسف تجوز البرأة عن النصف فقط ولو اجر ارضه من رجل بدراهم معلومة وقبض الاجرة فلم يزرع المستاجر الارض حتى وهب الآجر الاجر للمستاجر ودفعه اليه ثم انتقضت الاجارة بوجه من الوجوه كان للمستاجر ان يرجع على الآجر بما اعطاه من الاجر الا بحصة ما مضى من السنة والارض في يد المستاجر ولو وهب له قبل القبض لم يرجع بشيء ولو اشترى المؤجر من المستاجر عيناً من الاعيان جاز في قولهم جميعاً و يتعلق العقد بمثل الاجرة ديناً في الذمة وتقع المقاصة بين الثمن و بين الاجرة فان تعذر ايضاً العمل رجع المستاجر على المؤجر بالدراهم دون المتاع ولو قبض المؤجر الاجر بغير اذن المستاجر وهو عين وباعه ثم مضت مدة الاجارة نفذ البيع ولو انفسخت الاجارة رجع المستاجر على المؤجر بقيمة تلك العين (هندية ملخصاً)

الفصل الثالث

في مسائل تتعلق برد الماجور واعادته

﴿المادة ٥٩١﴾ يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الاجارة

اي عند انقضاء المدة او المسافة لانه لم يستلم الماجور الا لاستيفاء منافعه لمدة او لمسافة معلومة فاذا انقضت هذه المدة ينتهي حكم العقد الواقع بينه و بين المؤجر فيلزمه من ثم رفع يده عن الماجور لارده لصاحبه كما سيأتي في المادة ٥٩٤

﴿المادة ٥٩٢﴾ ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء مدة الاجارة

الا باذن صاحبه فلو استعمله بدون اذنه كان متعدياً فيضمن قيمته اذا تلف انظر المادة ٦٠٦ ولا اجر عليه اذا سلم لانه اذا استعمله بدون عقد فكان غاصباً فلا يلزمه الاجر الا اذا كان وقفاً او مال يتيم او معداً للاستغلال وكذا لو تقاضاه المالك وطالبه بالاجر عن المدة الثانية فسكت فيلزمه الاجر باستعماله المأجور بعد ذلك راجع المادة ٤٣٨

﴿ المادة ٥٩٣ ﴾ لو انقضت الاجارة واراد الآجر قبض ماله لزم المستأجر تسليمهُ اياه

وان امتنع عن تسليمه بعد الطلب وتلف الماجور بيده ضمن قيمته لكونه متعدياً بالامساك كما في عامة المعتبرات

﴿ المادة ٥٩٤ ﴾ لا يلزم المستأجر رد المأجور واعادته بل على المؤجر ان يأخذه عند انقضاء الاجارة. مثلاً لو انقضت اجارة دار لزم صاحبها الذهاب اليها وتسلمها. كذلك لو استوءجرت دابة الى المحل الفلاني كان على صاحبها ان يوجد هناك ويتسلمها وان ما وجد هناك ولا تسلمها وتلفت في يد المستأجر بدون تعديه وتقصيره لا يضمن. اما اذا استاجر رجل دابة الى محل معين ذهاباً واياباً كان عليه ان يرد الدابة الى حيث استاجرها فاذا لم يردها بل اتى بها وامسكها في داره فهلكت ضمن قيمتها

سواء طلبها من المؤجر او لم يطلبها (هندية) وفيها لو ان المستاجر ساق الدابة ليردها على المؤجر في منزله مع ان ليس عليه الرد وهلكت في الطريق لا ضمان عليه ولو ذهب المالك الى بلد آخر فذهب هذا الرجل بالدابة ليردها على المالك فهلكت في الطريق كان ضامناً لانه بالاخراج عن البلدة يصير غاصباً اه

﴿ المادة ٥٩٥ ﴾ ان احتاج رد المأجور واعادته الى الحمل والمؤنة فاجرة نقله على الآجر

وذلك لان المستاجر لم ينل منافع الماجور مجاناً فلا يلزمه احتمال مضرته ولهذا لا يلزمه عمل الاشياء المخلة بالمنافع المقصودة كما مر في المادة ٥٢٩ ولا علف الدابة الماجورة كما تصرح في المادة ٥٦١ بل كل ذلك واجب على المؤجر كمؤنة الرد حتى لو شرط ذلك على المستاجر فسدت الاجارة كما في الاشباه لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين وهو المؤجر اما لو شرط الرد على المستاجر ولم يكن له حمل او مؤنة فلا تفسد الاجارة (هندية)

الباب الثامن

في الضمانات ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في ضمان المنفعة

المنفعة ما كان من قبيل الاعراض كسكنى العقار وركوب الحيوان، وما شاكل ذلك

﴿المادة ٥٩٦﴾ لو استعمل واحد مالاً

او عطل منافعه كما اذا غصب حيواناً فامسكه ولم يستعمله (درر)

بدون اذن صاحبه كان غاصباً فلا يلزمه ضمان منافعه

لانه يشترط في الضمان ان يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته وان توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه ولما كانت المنافع مالاً غير متقوم في ذاته لان تقومها انما يكون بالعقد ولا عقد هنا ولما كان ايضاً لا مماثلة بينها وبين الدراهم لكون الدراهم مالاً يمكن ادخاره الى وقت الحاجة لبقائها من وقت الى آخر مع ان المنافع عرض لا يبقى زمانين لحدوثه آناً فآناً وشيئاً فشيئاً كانت المنافع غير مضمونة بالغصب (مجمع الانهر) الا انه لما نظر المتاخرون طمع الناس بمال الوقف واليتيم فقد جوزوا استحساناً تضمين الغاصب منافع مالهما وقايةً لصوالحهما

ولكن اذا كان ذلك المال مال وقف او مال صغير فحينئذٍ يلزمه ضمان المنفعة اي اجر المثل بكل حال وان كان معداً للاستغلال فانما يلزمه ضمان المنفعة اي اجر المثل اذا لم يكن استعماله بتأويل ملك او عقد

لانه اذا استعمل المعد للاستغلال بدون تأويل عقد او ملك مع علمه بكونه معداً للاستغلال فيحمل تصرفه واستعماله على الاجارة غير انه يشترط علم المستعمل بكونه معداً للاستغلال حتى يجب الاجر (در مختار) ولو اختلفا في العلم وعدمه فان كان اعداد المال للاستغلال ظاهراً مشهوراً كالخان والحمام فلا يصدق الغاصب و يلزمه

اجر المثل بالغاً ما بلغ وان لم يكن الاعداد ظاهراً مشهوراً فالقول للغاصب بيمينه لانه منكر والمالك مدعٍ (رد محتار) راجع المادة ٧٦

مثلاً لو سكن واحد في دار آخر مدة بدون عقد اجارة لا تلزمه الاجرة ، لكن ان

طالبه المالك بالاجر فسكت وبقي ساكناً يلزمه الاجر الذي سماه المالك لانه بسكناه يكون راضياً بالاجر (هندية) راجع المادة ٤٧٢ ولكن هذا اذا كان ساكن الدار مقراً بان الدار للمالك اما لو كان منكراً ومدعياً الملك لنفسه فلا اجر عليه لانه سكن الدار بتاويل ملك (رد محتار) بخلاف ما لو

كانت تلك الدار وقفاً او مال صغير لزمه آجر مثل المدة التي سكنها في كل حال اي سواء كان ثمةَ تأويل ملك او عقد او لم يكن

ولا فرق فيما اذا كان الوقف موقوفاً للسكنى او للاستغلال او لغيرهما كالمسجد فقد افتى العلامة المقدسي في مسجد تعدى عليه رجل وجعله بيت قهوة بلزوم اجر مثله مدة شغله كذا في الخيرية والحامدية وبناء عليه اذا ضبط احد تغلباً ومستقلاً طاحونة مشتركة بينه وبين وقف او صغير وتصرف فيها مدة كان للمتولي او للوصي بعد استخلاص حصة الوقف او اليتيم ان يغرم الغاصب اجرة المثل بالغة ما بلغت كما في الخانية وكذا لو كان للوقف دار مشروط السكنى فيها لاثنين فضبط احدهما تلك الدار وسكنها مدة تغلباً ومستقلاً بدون اذن الاخر كان للمتولي ان يغرمه اجر مثل حصة رفيقه عن المدة كلها وقولنا تغلباً احترازاً عما لو سكنها احدهما ولم يجد الاخر موضعاً يكفيه اذ لا اجرة له حينئذٍ وليس له ان يستعمله بقدر ما استعمله الاخر لان المهايأة انما تكون بعد الخصومة (در مختار) انظر المادة ١٠٨٣) . وكذا لو شرى رجل طاحونة من آخر وبعد ان تصرف فيها مدة ظهر انها وقف او مال صغير واستحقها المتولي او الوصي لجهة الوقف او الصغير كان لهما تغريم المشتري اجرة مثل الطاحونة عن المدة التي استعملها فيها (هندية) فالصورة الاولى والثانية مثال لغصب منافع الوقف ومال الصغير بتأويل ملك اما الصورة الثانية فتصلح مثالاً لتأويل الملك وتأويل العقد وهذا مثال لتأويل العقد خاصة لو ارتهن رجل داراً وسكنها مدة ثم ظهر انها مال

وقف او يتيم وجب على المرتهن اجر مثل المدة التي سكنها. ثم اعلم انه اذا طرأ بالغصب نقصان على قيمة مال الوقف واليتيم فيغرم الغاصب الازيد من نقصان القيمة واجر المثل كما في الهندية وغيرها. مثلاً لو غصب رجل حمام وقف او صغير وتصرف فيه مدة ثم طرأ على قيمته نقصان فان كانت قيمة النقصان اكثر من اجر المثل ضمن الغاصب نقصان القيمة ولا اجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان وان كان اجر المثل اكثر من قيمة النقصان ضمن اجر المثل بالغاً ما بلغ ولا شيء عليه من قيمة النقصان

تتمة: اذا اجر الغاصب المغصوب من اخر فعلى المستاجر الاجر المسمى للغاصب لانه العاقد ولا شيء للمالك وكذا حكم الفضولي وذلك لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فوجبت الاجرة للغاصب او للفضولي لان المنافع تقومت بعقده اما لو كان المغصوب مال وقف او يتيم او معدّاً للاستغلال فالاجر المسمى ايضاً للغاصب غير انه يضمن للمتولي او للوصي او للمالك اجر المثل ان كان الاجر المسمى مساوياً لاجر المثل او دونه فلو اكثر يرد الزيادة ايضاً (خانية وغيرها)

وكذلك اذا كانت تلك الدار دار كراء ولم يكن ثمّة تأويل ملك او عقد يلزم ايضاً اجر المثل ومثل ذلك لو استعمل واحد دابة الكراء بدون اذن صاحبها اي فتلزمه اجر المثل

تبين من هذه الفقرة الاخيرة ان المعد للاستغلال غير منحصر بالعقار بل يتناول المنقول ايضاً خلافاً لبعضهم وبه افتى في الحامدية وغيرها راجع المادة ٤١٧

﴿ المادة ٥٩٧ ﴾ لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معداً للاستغلال

فلو اشترى حانوتاً اوخاناً او طاحونة اوما شاكل ذلك من الاموال المعدة للاستغلال وتصرف فيه مدة ثم استحقه رجل منه لا يلزم المشتري اجر المدة المرقومة لانه انما تصرف فيه على انه ملكه غير انه اذا كان بعض هذا المبيع وقفاً او مال يتيم فيجب الاجر لحصة الوقف واليتيم

مثلاً لو تصرف احد الشركا بالاستقلال في المال المشترك بدون

اذن شريكه فليس للشريك الاخر ان يطالبه باجرة حصته لانه استعمله على انه ملكه

وليس له ايضاً ان يقول لشريكه اما ان تدفع لي اجرة حصتي واما ان اسكن انا بقدر ما سكنت، انظر المادة ١٠٨٣ . وهذا كله اذا كان الشريك الاخر حاضراً فلو كان غائباً ثم حضر وعلم ان شريكه قد استعمل المال المشترك بغيابه فله ان يستعمله بقدر تلك المدة كما سيأتي في الفقرة الاخيرة من المادة المذكورة

﴿ المادة ٥٩٨ ﴾ لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد وان كان معداً للاستغلال . مثلاً لو باع واحد من آخر حانوتاً يملكه بالاشتراك مع غيره وذلك بدون اذن شريكه وتصرف فيه المشتري مدة ثم لم يجز البيع الشريك الاخر واسترد حصتهُ من المبيع فليس له ان يطالب باجرة حصته وان كان الحانوت معداً للاستغلال لان المشتري استعمله بتأويل عقد بمعنى انهُ تصرف فيه بحكم عقد البيع فلا يلزمهُ من ثم ضمان المنفعة . كذلك لو باع واحد من اخر رحى على انها ملكه وسلمها ثم بعد تصرف المشتري ظهر لها مستحق فاخذها منهُ بعد الاثبات والحكم فليس له ان ياخذ من المشتري اجرة الرحى لتصرفه فيها المدة المذكورة لان في هذا ايضاً تاويل عقد

وكذا لو استرهن رجل حانوتاً وتصرف فيه مدة ثم بان الحانوت لغير الراهن فليس للمستحق ان يضمن المرتهن اجر المثل (مجمع الانهر) لانه استعمل الحانوت بتاويل عقد الرهن

﴿ المادة ٥٩٩ ﴾ لو استخدم واحد صغيراً بدون اذن وليه كان للصغير متى بلغ ان ياخذ اجر مثل خدمته عن تلك المدة

ولا فرق فيما اذا استخدمه اجنبي او اقرباؤه اذ ليس لغير الاب والجد والوصي

ان يستخدم الصغير بلا عوض (رد محتار) . وكما انه يحق للصغير ان ياخذ اجرته بعد بلوغه يحق ايضاً اوليه او وصيه ان ياخذ تلك الاجرة قبل بلوغ الصغير غير انه اذا كان الذي استخدم الصغير قد اعطاه من الكسوة والكفاءة ما يساوي اجر مثله فلا شيء عليه اما لو كان ما اعطاه من ذلك لا يساوي اجر المثل فيحط من اجر المثل قيمة ما انفقه في الكسوة والمؤنة ويعطيه ما تبقى (خيرية وحامدية ملخصاً)

ولو توفي الصغير فلورثته ان ياخذوا اجر مثل تلك المدة من ذلك الرجل

الفصل الثاني

في ضمان المستاجر

❊ المادة ٦٠٠ ❊ المأجور امانة في يد المستأجر سوآ كان عقد الاجارة صحيحاً او لم يكن

هذا شامل للاجارة الفاسدة والباطلة وبه صرح طحطاوي عن العتابية

❊ المادة ٦٠١ ❊ لا يلزم الضمان اذا تلف الماجور في يد المستاجر

او ضاع او طرأ على قيمته نقصان ولو شرط عليه الضمان في عقد الاجارة لان اشتراط الضمان في الامانات باطل (اشباه)

ما لم يكن بتقصيره او تعديه او مخالفته لمأذونيته

فلو استاجر حماراً لينقل التراب من خربة فاخذ في النقلة فانهدمت الخربة وهلك الحمار، ان انهدمت من معالجة المستاجر يضمن قيمة الحمار وان انهدمت من غير معالجته بل لرخاوة فيها ولم يعلم المستاجر به فلا ضمان عليه . ولو استاجر حماراً لينقل عليه الشوك فذهب في سكة فيها نهر جارٍ فبلغ موضعاً ضيقاً فضرب الحمار فوقع في النهر مع الحمل فهلك الحمار، ان كان الموضع ضيقاً لا تسير فيه الحمر وعليها احمالها ضمن وان كان موضعاً تسير فيه الحمر وعليها احمالها فان عنف عليه المستاجر حتى وثب الحمار من ضربه كان ضامناً وان وقع لا من ضربهِ وتعنيفه لا يضمن . ولو استاجر حماراً ليحمل عليه الحطب الى المصر فحمله وصدم الحمار حائطاً فوقع في النهر فعطب فان كان يمر وقر الحطب

سالماً غالباً لم يضمن وان كان يعلم قلما يسلم يضمن ٠ وكذا اذا ساقه على قنطرة ضيقة (هندية)

﴿ المادة ٦٠٢ ﴾ يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور او او طرأ على قيمتهِ نقصان بتعديه

فيضمن في الصورة الاولى قيمة الماجور كلها وفي الصورة الثانية نقصان القيمة

مثلاً لو ضرب المستأجر دابة الكراء فماتت منهُ او ساقها بعنف وشدة فهلكت لزمهُ ضمان قيمتها

راجع المادتين ٥٥٦ و٥٥٧ ٠ وكذا لو استأجر ثوباً فلبسه على خلاف المعتاد فتخزق الثوب فانه يضمن نقصان قيمة الثوب بان يتقوم الثوب سالماً ثم يتقوم مخزوقاً فيضمن التفاوت الذي بين القيمتين (هندية)

﴿ المادة ٦٠٣ ﴾ عمل المستأجر على خلاف المعتاد تعدٍ ويضمن الضرر والخسار اللذين يتولدان منهُ ٠ مثلاً لو استعمل الالبسة التي استكراها على خلاف عادة الناس و بليت يضمن ٠ كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستأجر النار اكثر من المعتاد وزيادة عن سائر الناس يضمن

اما لو اشعل النار حسب عادة الناس فلا ضمان عليه لو احترقت الدار لانه لم يتجاوز المعتاد ٠ وكذا لو احترقت بيوت الجيران ٠ قال في الدرر والغرر بنى المستاجر تنوراً او كانوناً في الدار المستأجرة واحترق بعض بيوت الجيران والدار لا ضمان عليه مطلقاً ، اي سواء بنى باذن صاحب الدار او لا ، لان هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه لا يغير هيئة الباقي الى النقصان ، الا ان يصنع ما لا يصنعه الناس من ترك الاحتياط في وضعه او ايقاد نار لا يوقد مثلها في التنور والكانون اه

﴿ المادة ٦٠٤ ﴾ لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في امر المحافظة او طرأ على قيمتهِ نقصان يلزم الضمان ٠ مثلاً لو استأجر دابة وتركها خالية الرأس وضاعت يضمن

لانه لما كان المأجور امانة في يد المستأجر كان قبضه اياه بحكم الاجارة دليلاً عَلَى تعهده والتزامه بالمحافظة عليه فتقصيره بامر المحافظة يوجب الضمان عليه ولا نتوهمن ان المستأجر لا يضمن قيمة الدابة اذا ضاعت الا اذا تركها خالية الراس لانه قال في الخانية لو استأجر رجل حماراً الى محل معين وبينما هو سائر تخلف عنه في الطريق لقضاء حاجته او اشتغل بالحديث مع غيره فذهب الحمار وضاع فان غاب الحمار عن بصره ضمن والا فلا، ولو استاجر حماراً فربطه امام منزلهِ ودخل المنزل لحاجة له فضاع الحمار فان لم يغب الحمار عن بصره لا يضمن وان غاب ضمن الا ان يكون في موضع لا يعد هذا الترك تضييعاً بان كان في سكة غير نافذة او كان ذلك ببعض القرى . والمعتبر بهذا الباب تغييب الحيوان عن بصره لانهُ اذا غيبهُ لا يكون حافظاً ولو ربطهُ بشيء اه. وفي الخلاصة استاجر حماراً فجاء به الى الخباز واشتغل بشراء الخبز فضاع لو غاب الحمار عن بصره ضمن والا لا اه. قلت اما لو ندّ الحمار بدون ان يغيبه عن بصره ولم يجدّ المستاجر في طلبه فان علم انه لا يجده بعد الطلب لا يضمن (تنوير) ويصدق في دعواه انه لا يجده (طحطاوي) . وان نام المستاجر في الطريق فسرق الحمار فان نام قاعداً والحمار بين يديه لا يضمن وان نام مضطجعاً ضمن في الحضر والا لا (حامدية). وفي الهندية استأجر دابة وردها الى منزل المؤجر وادخلها مربطها وربطها او اغلق عليها فلا ضمان اذا هلكت او ضاعت لان كل شيء يفعل بها صاحبها اذا ردت عليه فاذا فعله المستأجر يبرأ ولو ادخلها دار صاحبها او ادخلها مربطها ولم يربطها ولم يغلق عليها فهو ضامن اذا هلكت او ضاعت اه. وفيها استأجر حماراً فحمل عليه ولهُ حمار آخر فحمل عليه ايضاً فلما سار بعض الطريق سقط حماره فاشتغل به فذهب الحمار المستأجر او هلك ان كان بحال لو اتبع الحمار المستأجر لهلك حماره او متاعه لا يضمن والا فيضمن استدلالاً بان البقرة اذا ندت من السرح وترك الاجير اتباعها لئلا يضيع الباقي فهلكت التي ندت لا يضمن اه . وفيها غصب الحمار المستأجر والمستأجر يقدر ان يخلصه فلم يفعل حتى ضاع لا يضمن اه

❊ المادة ٦٠٥ ❊ مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز الى ما فوق المشروط توجب الضمان واما مخالفته بالعدول الى ما دون المشروط او مثله لا توجبه. مثلاً لو حمل المستأجر خمسين اقة حديد على دابة

استكراها لان يحملها خمسين اقة سمن وعطبت يضمن واما لو حملها حمولة مساوية للدهن في المضرة او اخف وعطبت لا يضمن

راجع المواد ٤٢٦ و٥٤٥و٥٤٦ و ٥٤٧ و ٥٤٨ و ٥٥٠ و٥٥١ و ٥٥٦و٥٥٧

ومن هذا القبيل ما لو استاجر دابة ليركبها يوماً الى الليل فامسكها في بيته ولم يركب فان استأجرها ليركب خارج المصر الى مكان معلوم فيكون بهذا الامساك مخالفاً لمأذونيته فيضمن قيمة الدابة لو هلكت ولا اجر عليه لو سلمت وان استاجرها ليركب في المصر فلا يكون مخالفاً وعليه الاجر ان سلمت ولا ضمان عليه ان هلكت (خانية).

وفي الهندية استأجر دابة ليحملها حنطة من مكان الى منزله يوماً الى الليل فركبها في الرجوع فعطبت ان كانت عادتهم الركوب لا يضمن والا ضمن هو المختار اه

﴿ المادة ٦٠٦ ﴾ يبقى المأجور كالوديعة امانة في يد المستاجر عند انقضاء الاجارة

فلا يضمن قيمته اذا هلك بدون صنعه وتقصيره كما لا يضمن لو هلك في يده باثناء مدة الاجارة بدون تعدٍ ولا تقصير

وعلى هذا لو استعمل المستأجر المأجور بعد انقضاء مدة الاجارة وتلف ضمن

وان سلم لا اجر عليه راجع المادة ٥٩٢ . مثاله لو استاجر دابة ليركبها اليوم فانقضى اليوم ولم يركبها بل ركبها غداً وتلفت لزمه الضمان ولا اجر عليه وان سلمت (خانية)

كذلك لو طلب الآجر ماله عند انقضاء الاجارة من المستأجر ولم يعطه اياه ثم تلف بعد امساكه يضمن

الفصل الثالث

في ضمان الاجير

﴿ المادة ٦٠٧ ﴾ لو تلف المستأجر فيه بتعدي الاجير وتقصيره يضمن

ولا فرق فيما اذا كان الاجير خاصاً او مشتركاً وفيما اذا كانت الاجارة صحيحة او فاسدة لان العين امانة في يد الاجير والامانة تنقلب مضمونة بالتعدي . فلو ضرب الراعي الشاة ففقأ عينها او كسر رجلها ضمن ولو خلط الاغنام بعضها ببعض فان كان يمكنه التمييز بان كان يعرف غنم كل واحد فلا ضمان عليه والقول قول الراعي في تعيين الغنم لكل واحد وان كان لا يمكنه التمييز فهو ضامن قيمة الاغنام والقول قوله في مقدار القيمة وتعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط وهو الصحيح (هندية) . وفيها رجل بعث بقرة الى بقار على يدي رجل فجاء الى البقار بهذه البقرة وقال ان فلاناً بعث اليك بهذه البقرة فقال البقار اذهب بها فاني لا اقبلها فذهب بها فهلكت فالبقار ضامن لانه اذا جاء بها الى البقار فقد انتهى الامر فيصير البقار ودبعاً وليس للوديع ان يودع اهـ

﴿ المادة ٦٠٨ ﴾ تعدي الاجير هو ان يعمل عملاً او يتصرف تصرفاً مخالفين لامر الموجر صراحةً كان او دلالةً . فلو قال المستأجر للراعي الذي هو اجير خاص ارع هذه الدواب في المحل الفلاني ولا تذهب بها الى محل آخر فلم يرعها الراعي في ذلك المحل وذهب بها الى محل آخر ورعاها كان متعدياً فان عطبت الدواب عند رعيها هناك لزمه الضمان

سواء كان الراعي اجيراً خاصاً او مشتركاً لان التمثيل بالاجير الخاص قيد اتفاقي واذا لزمه الضمان فلا اجر له وان سلمت الدواب، القياس ان لا اجر له وفي الاستحسان يجب الاجر (هندية) . ولو اختلف الراعي والمستاجر فقال المستاجر شرطت عليك ان ترعاها في المحل الفلاني وقال الراعي لا بل شرطت عليَّ الرعي في هذا الموضع فالقول للمستاجر (خانية) راجع المادة ٥٧١ . ومن هذا القبيل لو عين المستأجر للمكاري طريقاً يسلكه فسلك غيره وسلبه اللصوص فانه يضمن وكذا لو عين له رفقة فذهب بلا رفقة والطريق مخوف يضمن (حامدية) . ومنه اذا امر الخياط ان يخيط الثوب

قباءً فخاطه قميصاً او امر الصباغ ان يصبغه احمر فصبغه اسود فيجب الضمان على الخياط والصباغ لمخالفتهما امر المستأجر صراحةً . وان اختلفا بان قال رب الثوب امرتك ان تخيطه قباءً وقال الخياط لا بل قميصاً او ان تصبغه احمر وقال الصباغ اسود فالقول لرب الثوب بيمينه (تنوير) . لان الاذن يستفاد من جهته فكان اعلم بكيفيته (در مختار) ومثال مخالفة الاجير لامر المستاجر دلالة ما لو نزى على بعض الدواب بغير اذن صاحبها فعطبت فانه يضمن لانه غير ماذون بهذا العمل دلالةً فكان مخالفاً وان كان الفحل نزى عليها فعطبت فلا ضمان على الاجير لانه بغير فعله (مجمع الانهر) وفي الخانية اذا دفع الراعي غنم رجل الى غير صاحبها فاستهلكها المدفوع اليه واقر الراعي بذلك ضمن الراعي ولا ضمان على المدفوع اليه ولا يقبل قول الراعي على المدفوع اليه ان كان الراعي أقر وقت الدفع انها للمدفوع اليه اهـ . ولو مرضت شاة مع الراعي فذبحها فيضمن لو رجى حياتها او اشكل امرها ولو تيقن موتها لا يضمن للاذن دلالةً على الصحيح غير انهُ لا يجوز لهُ ان يذبح الحمار والفرس اذ لا يصلح لحمهما ولو قال ذبحت الشاة لمرضها لم يصدق الا ببينة بخلاف ما لو ادعى الهلاك فانه يصدق بيمينهِ (ط

كذلك لو اعطى الخياط قماشاً وقال ان خرج قباءً ف الخياط انه يخرج ثم فصله ولكنه لم يخرج قباءً كان لصاحب يضمّن الخياط قماشه

وذلك لان المستأجر انما اذنهُ بقطع القماش اذا خرج قباء وهذا يدل على باذنه بتفصيله ان لم يخرج كذلك فلما فصله الخياط اضحى مخالفاً لامر المستأجر دلا فيضمن قيمة القماش . ثم ان تعدي الاجير لا ينحصر بمخالفتهِ لا ر الآجر بل ان مخالفته لمقتضي العقد تعد ايضاً تعدياً يوجب الضمان فمن ذلك ما تقدم في المادة ٤٨٣ من ان الاجير الذي ليس لعمله اثر كالحمال والملاح اذا حبس المستاجر فيه لاستيفاء الاجرة وتلف في يده يضمن قيمتهُ لان مقتضى العقد لا يجيز له ان يحبس المستاجر فيهِ لاستيفاء الاجرة ، بخلاف الاجير الذي لعمله اثر كالصباغ والخياط راجع المادتين ٤٨٢ و ٤٨٣ . وكذلك يصير الاجير ضامناً بالجحود . مثلاً لو دفع ثوبه الى قصار ليقصره ثم بعد ايام طالبه بهِ فانكره القصار ثم سرق من حانوته او احترق فانهُ يضمن قيمتهُ لانهُ بالجحود صار غاصباً وان استخلصهُ المالك منهُ وكان قد قصره قبل الجحود

فله الاجر لان العمل وقع لصاحب الثوب وان كان قد قصره بعد الجحود فلا اجر له لانه قصره بغير عقد فلا يستحق الاجر . ولو كان الاجير صباغاً والمسألة بحالها ان صبغها قبل الجحود فله الاجر وان بعده فرب الثوب مخير ان شاء اخذ ثوبه واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيهِ وان شاء تركه وضمنه قيمته ابيض . ولو دفع الى نساج غزلاً والمسألة بحالها ، ان نسجهُ قبل الجحود فله الاجر وان بعده فلا اجر له والثوب للنساج وعليه قيمة الغزل كما اذا كان حنطة فطحنها (خانية ملخصا) . وفي الهندية دفع غزلاً الى رجل لينسجهُ كرباساً فدفعه هو الى آخر لينسجه فسرق من يده ان كان الثاني أجير الاول لا يضمن واحد منهما وان كان الثاني اجنبياً ضمن الاول دون الاخر عند ابي حنيفة وعندهما في الاول ضامن مطلقاً وفي الاجنبي ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الاخر اه

❊ المادة ٦٠٩ ❊ تقصير الاجير هو عدم اعتنائهِ في محافظة المستأجر فيهِ بلا عذر . مثلاً لو ندَّت شاة من الغنم ولم يذهب الراعي ليردها تكاسلاً منه واهمالاً يضمن لانه يكون مقصراً وان كان عدم ذهابه لانه غلب عنده احتمال ضياع الشياه الباقية اذا ذهب كان معذوراً ولا يلزمهُ الضمان

ومثل ذلك ما لو ترك الراعي الدواب ونام مستلقياً على ظهره فسرقت او ضاعت يضمن قيمتها لتقصيره في المحافظة اما لو نام قاعداً فان غابت الدواب عن نظره ضمن والا لا (خانية) . وكذا لو ترك الراعي البقر في البرية عند رجل ليس من عياله ورجع الى القرية فضاعت بقرة بغيابهِ فانهُ يضمن قيمتها اما لو تركها عند رجل من عياله فلا (خانية) . وكذا الحكم لو رد البقر الى صاحبها اي ان ردها مع اجنبي ضمن وان ردها مع اجيره او من في عياله لا يضمن اذ الرد من الحفظ ولهُ الحفظ بيد من في عيالهِ (جامع الفصولين) . وفي الهندية دخل الحمام وقال للحمامي اين اضع ثيابي فاشار صاحب الحمام الى موضع فوضع ثمه ودخل الحمام ثم خرج رجل منهُ واخذ الثياب فلم يمنعه صاحب الحمام لانهُ ظنه صاحب الثياب ضمن صاحب الحمام في الاصح اه

﴿ المادة ٦١٠ ﴾ الاجير الخاص امين حتى انهُ لا يضمن المال الذي تلف في يده بغير صنعه

ولا تقصير منهُ فلو سرق ما على الصبي من الحلى او ضاع فلا ضمان على الظئر (تنوير). لانها اجير خاص وكذا لا ضمان على حارس السوق وحافظ الخان لو سرق منهما شيء بدون تقصير في الحفظ (در مختار). قال في جامع الفصولين استؤجر رجل لحفظ خان او حوانيت فضاع شيء، قيل يضمن عند ابي يوسف ومحمد لو ضاع من خارج الحجرة لانهُ اجير مشترك، وقيل لا في الصحيح وبه يفتى لانهُ اجير خاص. الا يرى انهُ لو اراد ان يشغل نفسه في صنع آخر لم يكن له ذلك ولو ضاع من داخلها بان نقب اللص فلا يضمن الحارس في الاصح وحارس السوق على هذا الخلاف اه. قال في الحامدية، يظهر من هذا انه اذا كسر قفل الدكان واخذ المتاع يضمن الحارس اه. قال في رد المحتار انما يظهر هذا على القول بانه اجير مشترك اما على القول بانه اجير خاص فلا، لما سمعت من المفتى به نعم يشكل ما التتارخانية والذخيرة من ان الراعي لو كان خاصاً لاكثر من واحد يضمن فليتامل، اللهم الا ان يقال اذا كسر القفل يكون بنومه او غيبته يكون مفرط فيضمن اه.

وكذا لا يضمن المال الذي تلف بعمله بلا تعدٍ ايضاً

وذلك لان منافعه صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح وصار نائباً منابهُ فصار فعله منقولاً اليه كأنه فعله بنفسه (درر) والمراد بعمله عمله المأذون فيه فان أمره بعمل فعمل غيره ضمن ما تولد منه كما في التتارخانية فلو اشترى رجل متاعاً من السوق وارسله مع خادمه الى البيت وبينما كان الخادم سائراً في الطريق زلت قدمه فسقط على الارض وانكسر المتاع لا يضمن. اما لو كان الرجل اشترى متاعين وامره بنقل احدهما الى البيت فنقل الآخر وعثر في الطريق وتلف المتاع فالخادم يضمن قيمتهُ لانه عمل غير العمل الذي امره به مولاه فكان متعدياً. وكذا لو ساق الراعي الغنم فنطح او وطيء بعضها بعضاً من سوقه فان كان الراعي أجيراً خاصاً والاغنام لواحد لا يضمن وان كانت الاغنام لاثنين او ثلاثة ضمن. وصورة الاجير الخاص في حق الاثنين والثلاثة ان يستاجر رجلان او ثلاثة راعياً شهراً ليرعى غنماً لهما او لهم

قال في الذخيرة فقد فرق في الاجير الخاص بين ان يكون لواحد او لغير واحد يحفظ هذا جداً (رد محتار)

﴿ المادة ٦١١ ﴾ الاجير المشترك يضمن الضرر والخسار الذي تولد عن فعله وصنعه ان كان بتعديه وتقصيره او لم يكن

لقد تبين من هذه المادة ان الاجير المشترك يخالف الاجير الخاص في امر الضمان مع ان العين في يدهما امانة فالقياس يقتضي استواءهما في الحكم غير أن الفقهاء قد استحسنوا تضمين الاجير المشترك ما هلك بعمله ولو بلا تعدٍ وتقصير صيانة لاموال الناس لانه يتقبل العمل من خلق كثير طمعاً في كثرة الاجر وقد يعجز عن القيام بها فتمكث عنده طويلاً فيجب عليه الضمان ، بخلاف الاجير الخاص فانه لا يتقبل الاعمال الا من واحد فاخذوا فيه بالقياس (درر) . واذا هلك المستاجر فيه بعمل الاجير فلا أجر له لانه ما اوفى بالمنفعة بل بالمضرة (رد محتار) . ومما يتفرع عَلَى هذه المادة ما لو استاجر رجل حمالاً لينقل له متاعاً اشتراه من السوق الى بيته فزلق الحمال في الطريق ووقع وتلف المتاع فان كان زلقه من مزاحمة الناس له لا يضمن والا ضمن لان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التشبث في المشي (مجمع الانهر) . وكذا لو ساق المكاري دابته فعثرت فسقطت الحمولة وتلفت فانه يضمن لان تلفها حصل من سوقه (در منتقى) . وكذا يضمن المكاري ايضاً بانقطاع الحبل الذي يشد به الحمولة (ملتقى) لان التلف حصل بتركه التوثيق في شد الحبل هذا لو كان الحبل له اما لو كان لصاحب الحمولة فلا ضمان على المكاري (رد محتار) . وهكذا الحكم ايضاً فيما لو انشق العدل اي فان كان للمكاري ضمن وان كان لصاحب الحمولة لا يضمن الا اذا انشق من رمي المكاري (حامدية) . وكذا يضمن الراعي المشترك اذا ساق الدواب فازدحمت عَلَى القنطرة او الشط فدفع بعضها بعضاً فسقطت في الماء . وكذا لو عطبت الدابة بسوقه او ضربه ولو معتاداً (رد محتار) . ومن هذا القبيل ايضاً ما لو دفع رجل ثوباً الى قصار ليقصره فتخرق الثوب بدقه او طرأ عليه نقصان فان صاحبه يخير بين تضمين القصار قيمة الثوب غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولاً واعطاه الاجر وهذا اذا تخرق الثوب بدق القصار او اجيره فلو استعان برب الثوب فتخرق ولم يعلم انه من اي دقٍ ، فعلى قول الامام لا يضمن للشك وعن ابي يوسف يضمن نصف النقصان

كما لو تمسك به لاستيفاء الاجر فجذبه صاحبه (طحطاوي)٠ وكذا لو سلم رجل امتعته الى ملاح ليوصلها الى محل معين فوضع الملاح الامتعة في السفينة وسار بها فغرقت من مده فانه يضمن ثمن الامتعة جاوز المعتاد ام لا (در مختار) بخلاف ما لو غرقت من ريح او موج او من وقوع شيء عليها او صدم جبل فانه لا يضمن (در منتقى) وكذا لا يضمن ايضاً لو كان صاحب الامتعة او وكيله بالسفينة بشرطان لا يتجاوز الملاح المعتاد لان محل العمل غير مسلم اليه ومثله لو حمل رب المتاع متاعه على الدابة وركبها فساقها المكاري فعثرت وتلف المتاع فلا يضمن المكاري اجماعاً (در مختار) وكذا لو كان صاحب المتاع والمكاري راكبين عَلَى الدابة أو سائقين او قائدين لان المتاع في ايديهما فلم ينفرد الاجير باليد وكذا اذا كان المتاع على بعير من القطار وصاحبه عَلَى بعير آخر لان المتاع في يد صاحبه لانه الحافظ له (رد محتار)٠ وفي الهندية ثم اذا وجب الضمان عَلَى الاجير المشترك فان هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولم يكن له من الاجرة شيء وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته معمولاً وأعطاه الاجرة ويحط الاجرة من الضمان وان شاء ضمن قيمته غير معمول ولم يكن عليه اجرة اه ٠ وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولا يضمن الادمي اذا هلك بغرق السفينة او بسقوط الدابة ولو سقطت بسوق المكاري اوقوده ولا فرق فيما اذا كان الادمي ممن يستمسك على الدابة ام لا لان ضمان الادمي لا يجب بالعقد بل بالجناية وهذا ليس بجناية لكونه ماذوناً فيه اه ٠ وفي رد المحتار الاجير المشترك يضمن ما هلك بعمله سواء جاوز المعتاد او لا الا الحجام والقصار والبزاغ اي البيطار فان هولاء الثلاثة لا يضمنون ما هلك بعملهم الا اذا تجاوزوا المعتاد او باشروا العمل بدون اذن وعلى هذا لو بزغ البيطار دابة احد بلا اذن صاحبها فتلفت فانه يضمن وان لم يتجاوز المعتاد لان عدم الضمان مقيد بالاذن وعدم التجاوز فاذا فقد أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه

تنبيه : فعل الاجير في كل الصنائع يضاف الى استاذه فما اتلفهُ بلا تعدٍ يضمنهُ استاذه لانه عمل باذنهِ ولا يضمن هو لانهُ اجير وحده لاستاذه أما اذا تعدى فالضمان عليه وعلى استاذه (در مختار) وفي الخانية وتلميذ القصار أو اجيره الخاص اذا ادخل ناراً للسراج بامر الاستاذ فوقعت شرارة على ثوب من ثياب القصارة او اصابهُ دهن السراج لا يضمن الاجير ويكون الضمان على الاستاذ لانهُ ادخل السراج باذنهِ فصار

فعل الاجير كفعله ولو فعل الاستاذ كان ضامناً اه ٠

تتمة : لم يذكر في المجلة حكم هلاك المستاجر فيه بغير فعل الاجير المشترك كما اذا سرق المتاع من المكاري او سلبهُ اللصوص مع ان هذه المسالة من اهم المسائل لكونها كثيرة الوقوع وقد تباينت فيها الاقوال واختلف التصحيح والافتاء وحاصل ما ذكروه انه اذا هلك المستأجر فيه بغير فعل الاجير فان هلك بما لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب واللص المكابر وموت الحيوان حتف انفه فلا يضمن الاجير اتفاقاً سواء كانت الاجارة صحيحة او فاسدة وسواء كان الاجير مصلحاً او مستوراً او مفسداً وان هلك بما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة ففيه اربعة اقوال الاول انه لا يضمن الاجير مطلقاً لان العين امانة في يده وان شرط عليه الضمان لان شرط الضمان في الامانات باطل وهو قول الامام الاعظم وهو القياس وعليه عامة المتون وقال بعضهم ان قول الامام الاعظم قول عطا وطاووس وهما من كبار التابعين وقولهما قول عمرو وعلي رضي الله تعالى عنهما وبهِ يفتى احتشاماً لعمرو وعلي ٠ والقول الثاني ان الاجير يضمن مطلقاً وهو قول الصاحبين والمراد بالاطلاق في الموضعين المصلح وغيره وقد أفتى بقولهما كثير من الفقهاء لتغير احوال الناس و به تصان اموالهم لانه اذا علم الاجير انه لا يضمن فربما يدعي انه سرق او ضاع في يده ٠ الثالث ما افتى به المتاخرون من الصلح على نصف القيمة جبراً وان قيل كيف يصح الصلح جبراً فيجاب ان الاجارة عقد يجري فيه الجبر بقاء كمن استاجر دابة او سفينة مدة معلومة وانقضت مدتها في وسط البرية او في لجة البحر فان الاجارة تبقى بالجبر ولا يجري الجبر في ابتدائها وحالة تضمين الاجير حالة بقاء فيجري فيها الجبر ٠ والرابع ما قاله بعض المتاخرين تفصيلاً للقول السابق وهو ان كان الاجير مصلحاً لا يضمن وان غير مصلح ضمن وان مستوراً فالصلح على النصف اي نصف القيمة (رد محتار ملخصاً) قال في الخيرية فهذه اربعة اقوال كلها مصححة مفتى بها وما احسن التفصيل الاخير اه ٠ ثم اعلم ان محل الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة فلو فاسدة فلا يضمن اتفاقاً لان العين حينئذٍ تكون امانة لكون المعقود عليه وهو المنفعة مضمونة باجر المثل (طحطاوي) ومحل الخلاف ايضاً فيما اذا كان الهالك محدثاً فيه العمل او لا يستغنى عنه ما يحدث فيه العمل لما في البدائع روى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفاً يعمل فيه ودفع الغلاف معهُ او سكيناً ليصقله ودفع الجفن معه قال محمد يضمن المصحف والغلاف

والسيف والجفن لان المصحف والسيف لا يستغنيان عن الغلاف والجفن بخلاف ما لو اعطاه مصحفاً ليعمل له غلافاً او سكيناً ليعمل له نصاباً فضاع المصحف او السكين لم يضمنه لانه لم يستأجره ليعمل فيهما بل في غيرهما (رد محتار)

قلت بعد كتابتي ما تقدم اطلعت عَلَى شرح المجلة النفيس للعلامة علي حيدر افندي الذي ظهر بعد طبع كتابي فوجدت فيه في اواخر كتاب الاجارة ما تعريبه: ولما كان تضمين الاجير المشترك قد قيد في هذه المادة (٦١١)بما تولد عن فعله امكن ان يستدل من ذلك انه اختير في المجلة قول الامام الاعظم »

الكتاب الثالث

في الكفالة ويحتوي على مقدمة وثلاث ابواب

المقدمة

في اصطلاحات فقهية تتعلق بالكفالة

المادة ٦١٢ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء

مطلقاً كالمطالبة بنفس او بدين او عين مضمونة كما سيأتي والذمة لغةً العهد وشرعاً محل عهد جرى بينه و بين الله تعالى يوم الميثاق او وصف صار به الانسان مكلفاً فالذمة كالسبب والعقل كالشرط ثم استعير على القوابن للنفس والذات بعلاقة الجزئية والحلول فقولهم وجب في ذمته اي على نفسه (در منتقى)

يعني ان يضم واحد ذمته الى ذمة آخر و يلزم ايضاً المطالبة التي لزمت ذلك الآخر

اعلم انهم اختلفوا في تعريف الكفالة فمنهم من عرفها بانها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة مطلقاً ومنهم من عرفها بالضم في الدين فيثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل و يكتفي باستيفاء احدهما وقد صحح بعضهم التعريف الاول لكونه اعم لشموله الانواع الثلاثة وهي الدين والنفس والعين المضمونة و بعض المحققين لم يرجح احدهما على الآخر لان التعريف الثاني يراد به تعريف نوع من الكفالة وهو كفالة الدين اما النوعان

الآخران اي الكفالة بالنفس وبالعين فمتفق على ان الكفالة بهما كفالة بالمطالبة ولا يمكن الجمع بين النوع الاول والنوعين الآخرين في تعريف واحد لانهما ماهيتان مختلفتان اذ ان الضم في الدين غير الضم في المطالبة ومن عرفها بالضم في الدين استند على ذلك بما تقرر من انه يقتضي ثبوت الدين في ذمة الكفيل ويدل عليه انه لو وهب الدائن الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وانه لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح والشرا بالدين من غير من عليه الدين لا يجوز وقد دفعوا ما يرد عليهم من صيرورة الدين الواحد دينين بانه لا مانع اذ لا يستوفى الا من احدهما وامثاله في الشرع كثيرة كالغاصب وغاصب الغاصب فان كلاً منهما ضامن للقيمة ولا حق للمالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الاخر فكذا هنا. لكن هنا يبرأ الآخر بالقبض لا بمجرد اختيار الطالب كما في الغصب وقد اعترضوا على من قال بالتعريف الاول بانه لو كانت الكفالة الضم بالمطالبة فقط بدون دين لزم ان لا يؤخذ المال من تركة الكفيل لان المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس فانه لما كان كفيلاً بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته مع انهم صرحوا ان المال يحل بموت الكفيل وانه يؤخذ من تركته (رد محتار ملخصاً) والظاهر ان جمعية المجلة قد اختارت التعريف الاول لانه اعم لشموله انواع الكفالة الثلاثة ولان الفقهاء لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة اذ انهم اتفقوا على ان الدين لا يستوفى الا من احدهما وان الكفيل مطالب وان هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الاصيل وانه لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح (طحطاوي) وان الدين يحل بموت الكفيل ويؤخذ من تركته (رد محتار)

❋ المادة ٦١٣ ❋ الكفالة بالنفس هي الكفالة بشخص واحد

❋ المادة ٦١٤ ❋ الكفالة بالمال هي الكفالة باداء مال

كالكفالة بالدين وثمن المبيع والعين المغصوبة وقيمة المغصوب المستهلك وما شاكل ذلك فهي شاملة للكفالة بالعين والدين

❋ المادة ٦١٥ ❋ الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم مال

كتسليم العين المضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه مما يجب تسليمه بعينه ان كان

قائماً او ضمان مثله او قيمته ان كان هالكاً كالمبيع فاسداً او المقبوض على سوم الشرا وكتسليم العين المضمونة بغيرها كالمرهون وغير المضمونة اصلاً كالامانة فان الكفالة بتسليمها صحيحة بخلاف الكفالة باعيانها فانها لا تصح وسيأتي توضيح ذلك في المادة ٦٣١ ثم اعلم ان ليس الكفالة بالعين نفس الكفالة بتسليمها اذ بينهما فرق من حيث الماهية ومن حيث الحكم ايضاً فافتراقهما من حيث الماهية هو ان الاولى كفالة بنفس العين اما الثانية فكفالة بتسليم العين اما افتراقهما من حيث الحكم فهو ان حكم الكفالة بالعين تسليمها لصاحبها ان كانت قائمة وضمان بدلها ان كانت هالكة فلا يبرأ الكفيل بهلاكها اما حكم الكفالة بتسليم العين فهو حق المطالبة بها ما دامت قائمة وبرآة الكفيل من هذه المطالبة اذا هلكت

☼ المادة ٦١٦ ☼ الكفالة بالدرك هي الكفالة باداء ثمن المبيع وتسليمه او بنفس البائع ان استحق المبيع

☼ المادة ٦١٧ ☼ الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة الى زمان مستقبل

☼ المادة ٦١٨ ☼ الكفيل هو الذي ضم ذمته الى ذمة الآخر اي الذي تعهد بما تعهد به الاخر ويقال لذلك الاخر الاصيل والمكفول عنه

☼ المادة ٦١٩ ☼ المكفول لهُ هو الطالب والدائن في خصوص الكفالة

☼ المادة ٦٢٠ ☼ المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بادائه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سيان

الباب الاول

في عقد الكفالة ويحتوي على فصلين

الفصل الاول

في ركن الكفالة

﴿ المادة ٦٢١ ﴾ تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل فقط

ولا حاجة لقبول الطالب ولا تتوقف الكفالة على اجازته سواء كانت بالنفس او بالمال (درر)

ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل واحد في غياب المكفول له بدين له على رجل ومات المكفول لهُ قبل ان يصل اليه خبر الكفالة كان الكفيل مطالباً بكفالته هذه ومؤاخذاً بها

﴿ المادة ٦٢٢ ﴾ ايجاب الكفيل اي الفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة فلو قال انا كفيل او ضامن او كفلت انعقدت الكفالة

اذا علم المكفول به انه نفس او مال اما اذا لم يعلم المكفول به بان قال الكفيل انا ضامن ولم يصرح بنفس ولا مال فلا تصح الكفالة ولا تنعقد اصلاً وتنعقد الكفالة ايضاً بقول الكفيل ضمنته او عليَّ او عندي وتصح هذه الالفاظ كلها للكفالة بالنفس وبالمال فعلى ايهما توجهت كان هو المراد (رد محتار)

﴿ المادة ٦٢٣ ﴾ تصح الكفالة بالوعد المعلق ايضاً انظر الى المادة ٨٤ مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان دينك فانا اعطيكه كان ذلك كفالة فلو طالب الدائن المديون بحقه ولم يعطه كان لهُ ان يطالب الكفيل

اعلم ان قول الكفيل انا اعطيك انا ادفعه اليك او اسلمه اليك ليس من الالفاظ التي تنعقد بها الكفالة لان هذه الكلمات لا تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة بل هي وعد مجرد لا يجب الوفا به غير ان المواعيد اذا اكتست صور التعاليق تصير لازمة وعليه فلو صدرت هذه الاقوال من الكفيل معلقة بالشرط الملائم انعقدت بها الكفالة كما اذا قال بايع فلاناً وان لم يعطك الثمن فانا ادفعه اليك انعقدت الكفالة ولو طالب البائع المشتري بالثمن ولم يدفعه له كان له مطالبة الكفيل (طحطاوي) وكذا لو قال له ان لم يؤده لك في وقت كذا فانا اؤديه فان حل الاجل ولم يؤدِ المديون صار الكفيل مطالباً

﴿ المادة ٦٢٤ ﴾ لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى الوقت الفلاني تنعقد منجزاً ان بالنفس او بالمال لكنها تكون كفالة موقتة

فيطالب بها من اليوم حتى الوقت الذي كفل اليه ولا يطالب بعد ذلك الوقت بشيء انظر المادة ٦٣٩ . اما لو قال كفلت الى الوقت الفلاني اي الى ثلاثة ايام مثلاً كان كفيلاً بعد المدة ايضاً ولا يبرىء حتى يسلم المكفول به لان المدة ذكرت هنا لتاخير المطالبة الى ثلاثة ايام لا لتوقيت الكفالة غير انه لا يطالب في الحال بل بعد المدة وبه يفتى (تنوير) ولو قال كفلت ثلاثة ايام اختلف فيه ، قيل هو كفيل ابداً وقيل في المدة فقط (رد محتار)

﴿ المادة ٦٢٥ ﴾ الكفالة كما تنعقد مطلقة كذلك تنعقد مقيدة بقيد التعجيل والتاجيل بان يقول انا كفيل على ان اؤدي في الحال او في الوقت الفلاني

فلو كان له دين مؤجل على آخر فاخذ منه كفيلاً ثبت عَلَى الكفيل مؤجلاً ولو كان الدين عليه حالاً وكفل به رجل مؤجلاً صحت الكفالة وتأخر عنهما جميعاً إلا ان يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصةً فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل (هندية) انظر المادة ٦٥٥ . ثم ان المستفاد من قوله في متن المادة «وفي الوقت الفلاني» انه يلزم ان يكون الاجل معلوماً فالجهالة الفاحشة تبطله فتنعقد الكفالة مطلقة اي كأن لا اجل فيه بخلاف الجهالة اليسيرة فانها لا تبطله كما لو

كفل الى الحصاد او صوم النصارى (هندية ورد محتار)

﴿ المادة ٦٢٦ ﴾ تصح الكفالة عن الكفيل

﴿ المادة ٦٢٧ ﴾ يجوز تعدد الكفلاء

لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة وهو يحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع الثاني على ان المقصود منها التوثق واخذ كفيل آخر وآخر زيادة في التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى فكذا الثالثة فما فوقها (مجمع الانهر)

الفصل الثاني

في شرائط الكفالة

﴿ المادة ٦٢٨ ﴾ يشترط في انعقاد الكفالة ان يكون الكفيل عاقلاً و بالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي

ولو كان تاجراً لان الكفالة تبرع والصبي ليس باهل للتبرع (رد محتار واشباه) ولكن تصح كفالة الصبي في مسالة واحدة وهي اذا استدان له وليه لنفقة وغيرها مما لا بد له منه وامره ان يكفل المال عنه فتصح الكفالة و يطالب الصبي بالمال و يكون امر وليه له بالكفالة اذناً بالاداء (در مختار) وكذا لو شرى له وصيه شيئاً وامره ان يكفل بالثمن (هندية) وقيدنا بالمال احترازاً عن النفس لان ضمان الدين لزم الصبي من غير كفالة فالكفالة لا تزيده الا تأكيدا فلم يكن متبرعاً فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب او الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعاً به فلم يجز (طحطاوي) ويشترط ايضاً ان تكون الكفالة من اهل التبرع فلا تنفذ من مريض مرض الموت الامن ثلثه له اذا كفل لاجنبي عن اجنبي اما لو كفل لوارث او عن وارث فلا تصح اصلاً حتى لو كفل عن اجنبي وكان عليه دين محيط بماله بطلت ولو كفل ولا دين عليه ثم اقر بدين محيط لاجنبي ثم مات فالمقر له اولى بتركته من المكفول له وان لم يحط فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها والا فبقدر الثلث (تاتر خانية) ولو اقر المريض انه كفل في صحته تعتبر كفالته من كل ماله (جامع الفصولين)

ولو كفل في حال صباه لا يؤاخذ ولو اقر بعد البلوغ والافاقة بهذه الكفالة

لانه اقر بكفالة باطلة وان وقع الاختلاف بين الصبي بعد البلوغ و بين الطالب فقال الطالب كفلت وانت رجل وقال الصبي كفلت وانا صبي فالقول قول الصبي ولو قال كفلت وانا مجنون او مغمى عليّ او مبرسم وانكر الطالب ذلك وقال كفلت وانت صحيح ان كان ذلك معهودا من المقر فالقول قوله والا فللطالب (هندية) وفيها لو كفل في صحته كفالة معلقة بالشرط فتحقق الشرط في مرضه فحكمها حكم الكفالة في حال الصحة

✻ المادة ٦٢٩ ✻ لا يشترط ان يكون المكفول عنه عاقلاً و بالغاً

ولكن يشترط ان يكون معلوماً فلا تصح لو مجهولاً في اضافة وتعليق لا في تخيير (در مختار) مثال الاول ما ذاب لك على الناس او على احد منهم فعليّ و يراد بالاضافة الاضافة الى المستقبل (طحطاوي)ومثال الثاني ان غصبك انسان شيئاً فانا كفيل يستثنى منه ما سيأتي في شرح المادة ٦٥٨ من انه لو قال له اسلك هذا الطريق فانه آمن وان اخذ مالك فانا ضامن . ومثال الثالث كفلت بمالك على فلان او فلان فتصح والتعيين للكفيل كما في الفتح والكافي (رد محتار ملخصاً) وكما لا تصح الكفالة بجهالة المكفول عنه لا تصح ايضاً بجهالة المكفول له نحو ما ذاب عليك للناس او لاحد منهم فعليّ (تنوير) حتى لو قال لقوم ما بايعتموه انتم وغيركم فعليّ صح في حق المخاطبين دون غيرهم (هندية) . وفيها لايشترط ان يكون المكفول له عاقلاً بالغاً اه . و يؤيده قوله في المادة الآتية "انا كفيل بدين فلان على فلان"

فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي

ولكن اذا ادى الكفيل الدين عنهما فلا يرجع عليهما بشيء مطلقاً اي سواء كفل بامرهما او لا اما الاول فلان الصبي والمجنون لا يجوز اقراره على نفسه فلا يصح امره بالكفالة واما الثاني فلأن الكفيل اذا كفل بدون امر المكفول عنه يكون متبرعاً فلا يرجع اما اذا كان الصبي ماذوناً في التجارة وكانت الكفالة بامره فللكفيل اذا ادى ان يرجع عليه (هندية)

﴿ المادة ٦٣٠ ﴾ اذا كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً ومقدور التسليم من الكفيل فلا تصح الكفالة بنفس من كان غائباً لا يدرى مكانه (جامع الفصولين)

وان كان مالاً لا يشترط ان يكون معلوماً

فان الكفالة بالمال تصح مع جهالة المكفول به سواء كانت الجهالة فاحشة او يسيرة لابتناء الكفالة على التوسع وقد اجمعوا عَلَى صحتها بالدرك مع انه لا يعلم كم يستحق من المبيع (رد محتار)

فلو قال انا كفيل بدين على فلان تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوماً

ولكن لو اختلف المطالب والكفيل عَلَى مقدار الدين فلا بد للطالب من اقامة البرهان ان له كذا ولو كان الاصيل مقرا لان اقراره لا ينفذ عَلَى الكفيل فاذا عجز الطالب عن البرهان فالقول للكفيل بيمينه فيحلف عَلَى نفي العلم لا على البتات بخلاف ما لو كفل بما ذاب له على فلان او بما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل (مجمع الانهر) وفي الفتح لو قال كفلت بعض مالك عَلَي فلان صحت الكفالة والخيار للضامن و يلزمه ان يبين اي مقدار شاء اهـ. ومن امثلة الكفالة بالمجهول ما لو قال ما تلف لك المودع فعلي وكذا كل الامانات (جامع الفصولين) وكذا لو قال لاحد كفلت بما يدركك في هذا البيع او بما بايعت فلاناً او ما غصبك فلان فعلي (تنوير) فان الكفالة صحيحة في هذه الصور كلها غير انه لا يجب على الكفيل الا ما وجب بالمبايعة الاولى فلو باعه ثانية لا يلزم الكفيل الا اذا قال كلما بايعت فلاناً فعلي فيلزمه في الاولى والثانية والثالثة الخ اتفاقاً لان كلما تفيد التكرار واختلفوا في قوله ما بايعت فلاناً فعلي فقال بعضهم هو كقوله كلما وخالفهم اخرون والاول عليه الاكثرون (طحطاوي ملخصاً) ولو قال الطالب بعت منه متاعاً بالف وصدقه المشتري وكذبهما الكفيل هل يلزم الكفيل فهذا على وجهين الاول ان يكون المتاع الذي ادعى انه باعه قائماً في يده او في يد المشتري وفي هذا القياس ان لا يلزم الكفيل شيء وفي الاستحسان يلزمه. الثاني ان يكون المتاع هالكاً وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء ما لم يقم الطالب بينة عَلَى

البيع قياساً واستحساناً ولو قال الكفيل بعته بخمسمائة وقال الطالب بعته بالف وافر المكفول عنه بذلك فانه يوأخذ الكفيل بالف استحساناً (هندية) وفي الخانية قال لغيره ادفع الى فلان كل يوم درهماً على ان ذلك عليّ فدفع حتى اجتمع عليه مال كثير فقال الآمر لم ارد جميع ذلك كان عليه الجميع بمنزلة قوله ما بايعت فلاناً فهو علي فانه يلزمه جميع ما بايعه وهو كقوله لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة ابداً يلزمه النفقة ايضاً ما دامت الزوجية اه

تنبيه : ضمان الخسران باطل فلو قال بايع فلاناً على ان ما اصابك من الخسران فعليّ او استأجر طاحونة فلان وما اصابك من الخسران فعليّ لم تصح الكفالة (رد محتار عن البزازية وغيرها)

﴿ المادة ٦٣١ ﴾ يلزم في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً على الاصيل بمعنى ان يكون ايفاؤه متوجباً على الاصيل فتصح الكفالة بثمن المبيع

الا اذا كان المشتري صبياً محجوراً فلا تصح الكفالة عنه بالثمن ولا يلزم الكفيل تبعاً للاصيل اما لو باع الصبي المحجور شيئاً وقبض الثمن فكفله انسان بالدرك فان كفل بعد ما قبض الصبي الثمن لا تصح كفالته وان كفل قبل ذلك صحت (خانية)

وبدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة

والديون الصحيحة هي ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء (تنوير) كثمن المبيع وقيمة المغصوب والمسلم فيه الا انه تجوز الكفالة بنفقة الزوجة المقررة بالتراضي او بقضاء القاضي مع انها دين غير صحيح لانها تسقط بالموت والطلاق وكأنهم اخذوا فيها بالاستحسان للحاجة لا بالقياس (در منتقى) وتصح الكفالة ايضاً بالنفقة المستقبلة كقول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة ما دامت الزوجية كما قدمنا في شرح المادة السابقة نقلاً عن الخانية بخلاف النفقة الماضية اذ لا تصح الكفالة بها اصلاً لانها تسقط بالمضي ولانها ليست ديناً اصلاً الا اذا كانت مقررة بالقضا او بالرضا او كانت مستدانة بامر القاضي لانها اذا كانت مستدانة بامره فهي دين صحيح لا يسقط الا بالاداء او الابراء (رد محتار) ثم اعلم ان المقصود بثمن المبيع المذكور في المادة ثمن

المبيع صحيحاً لانه لو ظهر فساد البيع فتبطل الكفالة حتى لو كان الكفيل قد ادى الثمن الى البائع كان له ان يرجع عليه به وله ان شاء الرجوع على المشتري لانه اذا تبين فساد البيع ظهر ان البائع قبض ثمناً لا يستحقه (رد محتار) راجع المادة ٧٢٠ قلت والسبب في بطلان الكفالة هو ان الكفيل ضمن للمشتري الثمن المسمى وفي البيع الفاسد انما يلزم المشتري القيمة وهي غير ما كفل به

كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب وعند المطالبة يجبر الكفيل على ايفائه عيناً او بدلاً

اي يجب على الكفيل رد عينه ما دام قائماً واداء قيمته لو هلك كما يجب على الاصيل والقول في مقدار قيمته اذا وقع الاختلاف فيما بين الطالب والكفيل قول الكفيل وان اقر الغاصب بقيمته اكثر مما اقر به الكفيل لزمه ولم يلزم الكفيل وان قامت بينة على زيادة القيمة اخذ الكفيل بالزيادة ولو ان الاصيل حلف ونكل حتى لزمته الزيادة هل تلزم الزيادة الكفيل قالوا يجب ان تكون المسالة على التفصيل ان سبق من الاصيل اقرار بخلافه بان قال كانت قيمته خمسمائة والمغصوب منه يقول لا بل كانت الفاً فاستحلف الاصيل فنكل حتى لزمه الالف لم يلزم الكفيل الالف وان لم يسبق منه اقرار بخلافه بان كان ساكتاً حين ادعى المغصوب منه ان قيمته الف درهم فاستحلفه فنكل فانه يلزم الكفيل (هندية)

وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبوض على سوم الشراء ان كان قد سُمّي ثمنه

لانه حينئذٍ يكون مضموناً على المشتري تلزمه قيمته بالهلاك ان كان قيمياً ومثله ان كان مثلياً كما مر في المادة ٢٩٨ اما لو لم يسم ثمنه فهو امانة لا تصح الكفالة به كسائر الامانات كما يأتي في الفقرة الاتية وتصح الكفالة ايضاً بالخراج الموظف في كل سنة والرهن به (تنوير)

ولكن لا تصح الكفالة بعين المبيع قبل القبض لانه لو تلف عين المبيع في يد البائع ينفسخ البيع ولا يكون مضموناً على البائع الا انه يلزم

عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار والمأجور وسائر الامانات لكونها غير مضمونة على الاصيل

اعلم ان الاعيان اما امانة واما مضمونة على الاصيل فالاول كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة والمستعار والماجور في يد المستاجر والمقبوض على سوم النظر او عَلَى سوم الشرا بدون تسمية ثمنه فهذه لا تصح الكفالة بها لانها غير مضمونة عَلَى الاصيل والثاني اي المضمونة قسمان، مضمونة بغيرها كالرهن والمبيع قبل القبض فانهما مضمونان بالدين والثمن فلا تصح الكفالة بهما ايضاً، ومضمونة بنفسها كالمبيع فاسداً والمقبوض على سوم الشرا اذا سمى ثمنه والمغصوب ونحوه مما يجب تسليمه بعينه ان كان قائماً وضمان مثله او قيمته لو كان هالكاً وهذا تصح الكفالة به لانه مضمون عَلَى الاصيل لا يخرج عنه الا بدفع بدله او عينه (مجمع الانهر ملخصاً)

ولكن لو قال انا كفيل ان اضاع المكفول عنه هذه الاشياء او استهلكها تصح الكفالة

لان الامانات تصير مضمونة بالقيمة اذا استهلكها الامين او تلفت بصنعته فتصح الكفالة بها واذا استهلكها الامين لزم الكفيل اداء قيمتها لصاحبها

وايضاً تصح الكفالة بتسليم هذه المذكورات وعند المطالبة اذا لم يكن للكفيل حق حبسها لعلة ما فيلزمه تسليمها ولكن كما ان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء

تتمة : وفي الدرر والغرر ولا تصح الكفالة بحمل دابة معينه مستأجرة للحمل للعجز عن التسليم لانه استحق عليه الحمل عَلَى دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا يرى ان الموجر لو حمله عَلَى دابة اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزاً ضرورة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان الواجب عَلَى المؤجر الحمل مطلقاً والكفيل يقدر عليه بان يحمله على دابة نفسه اه. فان حمله الكفيل رجع عَلَى المكاري باجر مثله يوم ضمن (هندية) وفيها من يقبل من رجل بناء

دار معلومة او كراب ارض معلومة واعطاه كفيلاً بذلك فان كان شرط العمل مطلقاً جازت الكفالة وان شرط على هذا الرجل بعينه فان كفل بنفس العمل لا يجوز وان كفل بتسليم نفسه فهو جائز اه٠ ولا تصح كفالة الوكيل للموكل بثمن ما وكل ببيعه لان حق القبض له بالاصالة فيصير ضامناً لنفسه ومفاده ان الوصي والناظر لا يصح ضمانهما الثمن عن المشتري فيما باعاه لان القبض لهما ولهذا لو ابرآه عن الثمن صح وضمنا (در مختار) ولا تصح ايضاً كفالة المضارب لرب المال بثمن ما باعه (تنوير) لما مر من ان حق القبض له بالاصالة ولا فرق في عدم صحة كفالة المضارب والوكيل بالبيع بين ان تكون قبل قبض الثمن او بعده ووجه الاول ما مر ووجه الثاني ان الثمن بعد قبضه امانة عندهما غير مضمونة والكفالة غرامة وفي ذلك تغيير لحكم الشرع بضمان الامين بلا تعدٍ فضلاً عن ان كفالتهما لما قبضاه كفالة الكفيل عن نفسه وهي غير جائزة شرعاً كان او عقلاً اما ما ياتي من صحة الكفالة بتسليم الامانة فذاك في كفالة من ليست الامانة عنده (رد محتار ملخصاً) ولا تصح ايضاً كفالة الدلال والسمسار بالثمن للبائع لانهما يجبران على طلب الثمن وكل منهما وكيل عن البائع باجر وقد مر ان الوكيل لا تصح كفالته لانه يصير ضامناً لنفسه وكذا لا تصح ايضاً كفالة الشريك لشريكه بدين مشترك مطلقاً بارث او غيره (تنوير) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه اذ انه ما من جزء يؤديه المديون او الكفيل الا لشريكه فيه نصيب (رد محتار) ولو صح في حصة صاحبه فقط لادّى الى قسمة الدين قبل قبضه وهذا لا يجوز (در مختار) نعم لو تبرع وادى نصيب شريكه بلا سبق ضمان جاز ولا يرجع بما ادى بخلاف صورة الضمان فانه يرجع بما دفع لانه قضاه على فساد (جامع الفصولين) قال في رد المحتار ومفهومه انه لو ضمن اجنبي لاحد الشريكين بحصته تصح والظاهر انه يصح مع بقاء الشركة فما يؤديه الكفيل يكون مشتركاً بينهما كما لو ادى الاصيل، تأمل اه٠ وفي الهندية الرسول في باب البيع اذا باع وضمن الثمن عن المشتري صح ضمانه ايضاً والوكيل بقبض الثمن من المشتري اذا كفل بالثمن عن المشتري جازت كفالته اه

❊ المادة ٦٣٢ ❊ لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية

لان المقصود من العقوبة زجر الجاني وذلك لا يحصل بانزال العقوبة في غيره

ولكن تصح الكفالة بالارش والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل

لان هذه كفالة مالية بحق للعبد كالكفالة ببدل الصلح عن دم العمد اذا كان البدل ديناً

وكذا تصح ايضاً الكفالة بنفس من عليه الحد لكن هذا في الحدود التي فيها حق للعباد كحد القذف بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والشرب (رد محتار)

﴿ المادة ٦٣٣ ﴾ لا يشترط ايسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس ايضاً

لو كان حياً اذ لا تصح الكفالة عن الميت المفلس ولو من وارثه (در مختار) لان الدين يسقط بموته والكفالة لا تصح بدين ساقط الا اذا كان للميت كفيل او رهن او ظهر لهُ مال فتصح بقدره (در منتقى) وقيدنا بالكفالة بعد موته لانه لو كفله في حياته ثم مات مفلساً صحت الكفالة لان سقوط الدين في احكام الدنيا في حقه للضرورة والضرورة تقدر بقدرها (طحطاوي) واستثنى في الدر المختار مسألة تصح فيها الكفالة عن الميت المفلس وهي اذا لحقه دين بعد موته كما اذا حفر بئراً في الطريق فتلف به شيء بعد موته لزمه الضمان في ماله لثبوت الدين مستنداً الى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة اهـ. وهذا اي عدم صحة الكفالة عن الميت المفلس الا فيما استثني قول الامام وعليه عامة المتون اما عند صاحبيه فتصح الكفالة مطلقاً اي سواء ظهر له مال او لا ولعل هذا المراد باطلاق المتن ولو تبرع احد ودفع المال عن الميت دون سبق ضمان صح اجماعاً (در منتقى)

الباب الثاني

في احكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في احكام الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة

☀ المادة ٦٣٤ ☀ حكم الكفالة المطالبة يعني للمكفول له حق مطالبة المكفول بهِ من الكفيل

☀ المادة ٦٣٥ ☀ يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالاً ان كان الدين معجلاً في حق الاصيل وعند ختام المدة المعينة ان كان موجلاً . مثلاً لوقال انا كفيل بدين فلان فللدائن ان يطالب الكفيل في الحال ان كان دينهُ معجلا وعند حلول الاجل ان كان موجلاً

☀ المادة ٦٣٦ ☀ اما في الكفالة التي انعقدت مضافة الى زمان مستقبل او معلقة بشرط فلا يطالب الكفيل ما لم يحل الزمان او يتحقق الشرط

وذلك لما مر في المادة ٨٢ من ان المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط غير انه لا يجوز تعليق الكفالة الا بالشرط الملائم كما ترى في الامثلة الآتية والشرط الملائم هو الموافق للكفالة باحد امور ثلاثة الاول كونه شرطاً لتعذر الاستيفاء

مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان دينك فانا كفيل بادائه تنعقد الكفالة مشروطة فاذا طالب الدائن ولم يؤده دينه كان له ان يطالب الكفيل اما قبل مطالبته الاصيل فليس له ان يطالب الكفيل

حتى لو مات الاصيل قبل المطالبة بطلت الكفالة لتعذر تحقق الشرط بعد الموت (رد محتار) وكذا لو قال ان غاب غريمك فعليّ الدين الذي عليه تنوير او ضمنت كل

ما لك عليه ان توى او ان مات غريمك قبل ان يفيك ما عليه فهو عليَّ (طحطاوي)
اي فتنعقد الكفالة في هذه الصور مشروطة ولا يطالب الكفيل الا عند ثبوت وتحقق الشرط المعلقة به الكفالة وهو غياب الغريم في الصورة الاولى وتوى المال في الصورة الثانية وموت الغريم قبل الوفاء في الصورة الثالثة

الثاني ان يكون الشرط شرطاً للزوم الحق نحو ان استحق البيع او جحدك المودع او قتلك او قتل ابنك فعليَّ الدية (رد محتار)

وكذا لو قال انا كفيل بما يثبت لك في ذمة فلان او بما ستقرضه فلاناً او بما يغصبه فلان او بثمن المال الذي ستبيعه من فلان فلا يطالب الكفيل الا بعد تحقق هذه الاحوال وهي ثبوت الدين والاقرار وتحقق الغصب ووقوع البيع والتسليم

واستحقاق المبيع وجحود الوديعة والقتل. ثم لو ادعى المكفول له انه باع من المكفول عنه متاع كذا بثمن كذا وطالب الكفيل بهِ فصادقهُ الاصيل وأنكر الكفيل فان كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري فلا عبرة لانكار الكفيل ويطالب بالثمن لانهما اخبرا عن امر بامكان انشاءه في الحال وان لم يكن المبيع في يد احدهما فلا يطالب الكفيل ما لم يقم الطالب البينة (هندية)

وكذا لو قال ان سرق فلان مالك فانا ضامن صحت الكفالة ولكن انما يطالب الكفيل متى ثبتت سرقة ذلك الرجل

الثالث ان يكون الشرط شرطاً لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الاصيل نحو ان قدم زيد فعليَّ ما عليهِ من الدين والحال ان زيداً مكفول عنهُ أو غاصب المكفول عنه او مودعه او مضارب به فيصح تعليق الكفالة بقدوم زيد لان قدومه وسيلة الى الاداء بخلاف ما لو كان زيد اجنبياً من كل وجه اذ لا يصح حينئذ تعليق الكفالة بقدومهِ كما لا يصح تعليقها بالشرط الغير الملائم نحو ان هبت الريح او جاء المطر لانه تعليق بالخطر فتبطل ولا يلزم المال نعم لو جعله اجلاً صحت الكفالة وبطل الاجل ولزم المال للحال اه ملخصاً عن التنوير وشرحه للعلائي . وتصح الكفالة ايضاً بشرط تاجيل الطلب عن الكفيل الى اجل معلوم كما

لو كفل على انه متى طالبه المكفول له فله من ابتداء ذلك الوقت مهلة كذا يوماً وامهل من وقت المطالبة تلك المدة فللمكفول لهان يطالب الكفيل بعد مضي الاجل اي وقت شاء وليس للكفيل ان يطالب اجلاً آخر بقدر تلك الايام

وكذا لو قال انا كفيل باحضار فلان في اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل باحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم

﴿المادة ٦٣٧﴾ يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد ايضاً ·

مثلاً لو قال انا كفيل بما يحكم به على فلان واقر فلان المذكور بكذا دراهم فلا يلزم الكفيل اداؤه مالم يلحقه حكم الحاكم

وذلك لان الكفالة مقيدة بوصف هو الحكم على الاصيل فلما لم يثبت الوصف لا تثبت الكفالة المقيدة بهِ وبهذه الصورة لو اقام الطالب الدعوى على الاصيل بما له عليهِ فاقر الاصيل بالف مثلاً لزم الكفيل كما لو ثبت ذلك بالبينة وفي الهندية كفل رجلاً على انهُ ضامن لما قضى عليهِ قاضي الكوفة وقضى عليه قاضٍ غير قاضيها يلزمه · ولو قال ما وجب لك على فلان بحكم فلان الحاكم فهو عليَّ فوجب عليه بحكم غيره لا يلزمه وهذا اذا كان كلا القاضيين حنفي المذهب فاما اذا كان المذكور حنفي المذهب فقضى به قاضٍ شافعي المذهب لا يؤاخذ به ولو قال لغيره ضمنت لك الف درهم على ان لا اؤديها اليك في حياتي فهو جائز و يؤخذ المال من ميراثه بعد موته اه · ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١١ تشرين الثاني ٣١١ مؤداه اذا كفل الدين عن المدبون كفالة معلقة بشرط عدم اقتدار المديون على الاداء فعند تحقق هذا الشرط يحكم على الكفيل ولو اثبت ان الدائن حجز ربع معاش المديون البالغ اربعين قرشاً شهرياً لان هذا المبلغ تافه لا يكفي لوفاء الدين الا بعد مدة طويلة (ج · م · عد ٨٨٦)

تتمة : لو كفل لرجل عن رجل بما ثبت له او بما حكم له عليه او بما لزمه له فغاب الاصيل فادعى الطالب على الكفيل لا تسمع دعواه عليه لان الكفالة مقيدة بشرط الثبوت او الحكم على الاصيل فلما لم يثبت هذا الشرط لا يكون كفيلاً فلا

يكون خصماً بخلاف ما لو ادعى ان لهُ على فلان الغائب كذا وهو اي الحاضر كفيل به فتسمع دعواه و بينته و يقضى بالمال على الكفيل فقط وان زاد بامره قضي عليهما وللكفيل الرجوع على الغائب بلا اعادة بينته عليه اذا حضر لانه صار مقضياً عليه ضمناً وانما صح سماع الدعوى على الكفيل بهذه الصورة لان الطالب ادعى مالاً مطلقاً عن الشرط والصفة فامكن اثباته بخلاف ما تقدم لان الكفالة فيه بمال موصوف بكونه محكوماً به بعد الكفالة فلما لم تثبت تلك الصفة لا يكون كفيلاً فلا يكون خصماً كما تقدم حتى انه لو كان له عليه مال ثابت قبل الكفالة لم يكن مكفولاً به ولان في المسألة الاولى لو قضي على الكفيل لكان القضا عليه قضا على الغائب قصداً لان الكفيل لم يصر خصماً لما تقدم بخلاف المسألة الثانية لان القضا فيها على الكفيل قضا عَلَى الغائب ضمناً وهو جائز شرعاً بخلاف القضا عليه قصداً (رد مختار ملخصاً)

﴿ المادة ٦٣٨ ﴾ في الكفالة بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا يؤاخذ الكفيل ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن

وذلك لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع (در منتقى) اذ لو اجاز المستحق البيع بعد الحكم بالاستحقاق وقبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه عَلَى الصحيح فما لم يقضَ بالثمن عَلَى البائع لا يجب عليه رد الثمن فلا يجب على الكفيل بالدرك والمراد بالاستحقاق هنا الناقل للملك اما المبطل لهُ بالكلية كدعوى الوقف بالارض المشتراة فيطالب الكفيل وان لم يقضَ بالثمن على البائع ولو بنى المشتري او غرس في الارض المشتراة ثم استحقت فلا يرجع علي كفيل الدرك بقيمة البنا والغرس بل بالثمن فقط لانه لم يكفل الا به ولو فسخ البيع بخيار رؤية او شرط او عيب لا يؤاخذ الكفيل بالثمن لان كفالته بالثمن مقيدة ومشروطة بما اذا استحق المبيع لا بغيره (طحطاوي ملخصاً)

﴿ المادة ٦٣٩ ﴾ لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقتة الا في ظرف مدة الكفالة · مثلاً لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مضيه يبرأ من الكفالة

واكن لو طالب الدائن الكفيل وحكم لهُ الحاكم في خلال المدة ولكنه لم ينفذ الحكم حتى مضت المدة فهل يتخلص الكفيل من المطالبة او يلزمه الدين لتقرره في ذمته

بحكم الحاكم قال حيدر افندي الظاهر انه يلزمه الدين غير انه لا ينبغي الجواب عن هذه المسألة الا بعد وجود النص اه

ولو ادعى الكفيل ان الشهر ذكر لتوقيت الكفالة ولما كان قد مضى فقد تخلص من الكفالة وقال المكفول اه بل جعلَ الشهر اجلاً للدين بمعنى انك كفلت موءجلاً الى شهر فلم تخلص من الكفالة فالقول للمكفول له بيمينه (هندية)

❋ المادة ٦٤٠ ❋ ليس للكفيل ان يخرج من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المديون في الكفالة المعلقة والمضافة. مثلاً كما انه ليس لمن كفل بنفس رجل او بدينه منجزاً ان يخرج من الكفالة كذلك لو قال مهما ثبت لك من الدين في ذمة فلان انا كفيله ليس له ايضاً الرجوع عنها لانه وان كان ثبوت الدين متاخراً عن عقد الكفاله فان ترتبه في ذمة المديون سابق هذا العقد

حتى لو كفل رجلاً بامره بشرط ان يعطيه المكفول عنه هذا العبد رهناً ولم يشترط ذلك على الطالب ثم ان المكفول عنه ابى ان يدفع العبد كان له ذلك وليس للكفيل ان يفسخ الكفالة وان لم يسلم له الشرط لان هذا الشرط جرى بين الكفيل والمكفول عنه ولم يجر بينه و بين الطالب فلو ثبت له الخيار بفسخ الكفالة ثبت لهُ من جهة المكفول عنه والمكفول عنه ليس له هذا الخيار بخلاف ما لو شرط ذلك على الطالب بان قال للطالب اكفل لك بهذا المال على ان يعطيني المطلوب بهذا المال عبده رهناً فكفل على هذا الشرط فابى ان يعطيه الرهن فان الكفيل حينئذٍ يتخير بين ان يمضي الكفالة او ان يفسخها لان هنا ثبت له الخيار من جانب الطالب وللطالب هذا الخيار فان له ان يبرئه فينفسخ الكفالة وله ان لا يبرئه فتبقى الكفالة فجاز ان يثبت للكفيل هذا الخيار من جهته وكذا لو قال للطالب اكفل لك بهذا المال على ان يعطيني المطلوب عبده هذا رهناً فان لم يعطني فانا بريءٌ من المال و كفل بهذا الشرط ثم ابى المطلوب ان يعطيه الرهن فانه يبرأُ من الكفالة (هندية)

اما لو قال انا كفيل بكلما تبيعه من فلان او بثمن المال الذي ستبيعهُ

من فلان فانه يضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول من فلان المذكور ولكن له ان يخرج نفسهُ من الكفالة قبل البيع بان يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع ذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لايكون الكفيل ضامناً لثمن ما باعه

وكذا لو اكتفى باحد شقَّي هذه العبارة بان قال فقط رجعت عن الكفالة او قال لاتبع ذلك الرجل (هندية) لان رجوعه عن الكفالة قبل المبايعة صحيح بخلاف الكفالة المنجزة بالدين او بما ثبت له على الاصيل والفرق ان الاولى مبنية عَلَى الامر دلالةً وهذا الامر غير لازم والثانية مبنية عَلَى ماهو لازم وذلك لان قوله كفلت لك بما لك على فلان او بما يثبت لك عليه كفالة بمحقق لازم بخلاف كفلته بما بايعته فانه لم يتحقق بعد لان لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل واما قبل ذلك فهو غير مطالب بشيء ولا ماتزم في ذمته شيئاً فيصح رجوعه لانه انما وجب عليه المال بعد المبايعة دفعاً للغرور عن الطالب لانه يقول انما اعتمدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة او حين رجع عن الكفالة (رد محتار) وفي الهندية لو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في راس الشهر ولو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان يرجع في راس الشهر والفرق ان السبب في النفقة لم يتجدد عند راس الشهر بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد وسبب الاجر في الاجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله ان يرجع عن الكفالة المستقبلة فان مات الكفيل ثم سكن المستاجر شهراً بعد ذلك فما لزم المستأجر لزم تركة الكفيل ولا تبطل الكفالة بالموت كما لا تبطل كفالة الدرك بخلاف كفالة النفس وليس للكفيل بالاجر ان يأخذ المستأجر قبل ان يؤدي فاذا ادى الكفيل كان له ان يرجع على المستأجر اذا كانت الكفالة بامره اه

﴿المادة ٦٤١﴾ من كان كفيلاً برد المغصوب والمستعار وتسليمهما اذا سلمهما الى صاحبهما يرجع باجرة نقلهما على الغاصب والمستعير

وكذا الكفيل برد المرهون وهذا كله اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه اما اذا كانت بغير امره فلا رجوع انظر المادة ٦٥٧ اما الكفيل برد الوديعة وتسليم مال

المضاربة والشركة فلا يرجع باجرة النقل والفرق ان المغصوب والمستعار والمرهون يجب تسليمه على الاصيل بحمله الى ربه انظر المادتين ٨٢٠ و ٨٩٠ بخلاف الوديعة واخويها اذ لا يجب فيها الا التخلية فقط بينها و بين المودع انظر المادة ٧٩٤ فاذا حملها الكفيل الى بيت المودع كان متبرعاً وملتزماً ما لا يلزم المكفول عنه شرعاً فلا يرجع

الفصل الثاني

في احكام الكفالة بالنفس

﴿ المادة ٦٤٢ ﴾ حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به ففي اي وقت شرط تسليمهُ فعلى الكفيل احضاره في ذلك الوقت حالاً بعد طلبهِ من المكفول له فان احضره فبها والا يجبر على احضاره

اما لو غاب المكفول عنه وكانت غيبته ثابتة بعلم القاضي او بالبينة فيمهل الكفيل مدة ذهابه وايابه لو اراد السفر اليه فان ابى حبسه القاضي للحال بلا امهال (بزازية) الا اذا كان في الطريق عذر بان كان مخوفاً وما شاكل ذلك (طحطاوي) ولو غاب المكفول عنه ولم يعلم مكانه فلا يطالب الكفيل باحضاره ان ثبت ذلك بتصديق الخصم او ببينة أقامها الكفيل (تنوير) وان اختلفا ولا بينة فان كان له خرجة معروفة للتجارة فالقول للطالب و يؤمر الكفيل بالذهاب اليه والا فالقول للكفيل انه لا يدري موضعه (مجمع الانهر) ولو برهنا فبينة الطالب اولى لان معها زيادة علم (رد محتار)وفي كل موضع قلنا بذهاب الكفيل اليه للطالب ان يستوثق بكفيل من الكفيل لئلا يغيب الاخر (در مختار)

الفصل الثالث

في احكام الكفالة بالمال

﴿ المادة ٦٤٣ ﴾ الكفيل ضامن

فيلزمه ما وقعت الكفالة به عن الاصيل سواء كان المكفول به ديناً كثمن

المبيع او عيناً مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع فاسداً والمقبوض على سوم الشرا اذا بين ثمنه او فعلاً كتسليم المستعار وسائر الامانات (طحطاوي) حتى لو ادعى الكفيل ان الالف الذي كفل به قمار او ثمن خمر ونحو ذلك مما لا يكون واجباً لا يقبل قوله ولو اقام البينة على اقرار المكفول له بذلك والمكفول له يجحد لا تقبل بينته ولو اراد ان يحلف الطالب لا يلتفت اليه (خانية) وذلك لان كفالته اقرار منه بان المكفول به دين صحيح واجب الادا فدعواه بعد ذلك انه ثمن خمر تناقض فلا تسمع

﴿ المادة ٦٤٤ ﴾ الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل ومطالبته احدهما لا تسقط حقهُ بمطالبة الآخر

لان الكفالة مقتضاها الضم لا التمليك بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين فان اختياره تضمين احدهما يوجب براءة الاخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الثاني بعد ذلك (مجمع الانهر)

و بعد مطالبة احدهما له ان يطالب الآخر وان يطالبهما معاً

﴿ المادة ٦٤٥ ﴾ لو كفل رجل ما لزم الكفيل بالمال بموجب كفالته فللدائن ان يطالب من شاء منهما

وله ايضاً ان يطالبهما معاً لانه قد مر في المادة ٦٢٧ بانه يجوز تعدد الكفلاء وحكم الكفالة ثبوت حق مطالبة الكفيل و كفيله لان مقتضى الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة

﴿ المادة ٦٤٦ ﴾ عليهما دين لاخر من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين

ولو لم يكفل احدهما الاخر فلا يطالب احدهما الا بحصته . مثاله لو استدان رجلان من رجل الفاً كان كل منهما مطالباً بخمسمائة لا غير اما لو كفل كل منهما صاحبه كان كل منهما مطالباً بكل الدين وكذا لو اشتريا من رجل متاعا بالف كان كل منهما مطالباً بثمن حصته من المبيع اما لو كفل كل منهما صاحبه كان كل منهما مطالباً بكل الثمن انظر المادة ١١١٣

استطراد : لو كان عليهما دين لاخر وكفل كل عن صاحبه بامره وادى احدهما الى الطالب فان كان الدين واحداً او كان دينين متحدين صفةً وسبباً كثمن مبيع حال فلا يرجع الذي ادى على شريكه الا بما ادى زائداً على ما عليه لان كلاً منهما اصيل بما عليه وكفيل بما عَلَى الاخر فما يؤديه ينصرف الي ما عليه اصالة لرجحان جهة الاصالة على النيابة لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فوجب صرف المؤدى الى الاقوى. مثاله اشترى رجلان شيئًا بالف مناصفةً عليهما وكفل كل عن صاحبه بامره فادى احدهما الى البائع خمسمائة فقط فلا يرجع عَلَى صاحبه بشيءٍ لان عليه خمسمائة ديناً وخمسمائة بحكم الكفالة فيصرف ما يؤديه الى المطلوب منه بالاصالة لانه اقوى من المطلوب بالكفالة اما لو ادى ستمائة فيرجع عَلَى صاحبه بمائة ولو ادى سبعمائة رجع بمائتين لان المطلوب منه اصالة خمسمائة فقط وقد اداه فما دفعه زيادة على ذلك انما دفعه بحكم الكفالة فيرجع به ولكن لو اختلف الدينان صفةً وسبباً بان كان ما على احدهما مؤجلاً وما عَلَى الاخر معجلاً او كان ما على احدهما ثمن مبيع وما على الاخر قرضاً فاذا ادى احدهما شيئًا صح تعيينه عن شريكه ورجع به لان النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو. الا انه لو كان دين احدهما مؤجلاً ودين الاخر معجلاً فادى من دينه معجل قبل ان يحل دين الاخر فلا يرجع به عليه لان الكفيل اذا دفع ديناً مؤجلاً قبل حلول اجله فليس له الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل اه ملخصاً عن الدر المختار وحاشيته للطحطاوي

﴿المادة ٦٤٧﴾ لو كان بالدين عدة كفلاء فان كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين وان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ولكن لو كان قد كفل كل منهم ما لزم ذمة الآخر ففي هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين مثلاً لو كفل واحد آخر بالف ثم كفل ذلك المبلغ غيره ايضاً فللدائن ان يطالب من شاء منهما

بالالف كله وبهذه الصورة لو كفل كل من الكفيلين جميع المال عن صاحبه بامره فما ادى احدهما رجع بنصفه عَلَى شريكه لكون الكل كفالة هنا فلا ترجيح للبعض على

البعض ليقع النصف الاول عن نفس الدافع خاصة بخلاف المسالة المتقدمة في شرح المادة السابقة فيكون المؤدى هنا شائعاً فيرجع بنصفه على شريكه ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه ولو شاء الدافع الرجوع بالكل عَلَى الاصيل فله ذلك اذا كان قد كفله بامره والا فلا (در ملخصاً)

واما لو كفلا معاً فيطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور الا ان يكون قد كفل كل منهما ما لزم ذمة الآخر فعند ذلك يطالب كل منهما بالالف

وبهذه الصورة لو ادى احدهما شيئاً فلا يرجع على شريكه الا بما اداه زيادة على النصف كالمسألة التي مرت في شرح المادة السابقة لان الدين هنا ينقسم عليهما نصفين فكان كل منهما مديوناً بالنصف وكفيلاً بالنصف الآخر فما يؤديه اولا يصرف الى ما عليه أصالةً كما قدمنا وما زاد عليه يصرف ضرورة الى ما وجب عليه بحكم الكفالة فيرجع به (درر)

☸ المادة ٦٤٨ ☸ لو اشترط في الكفالة براءة الاصيل تنقلب حوالة

على انه وان كان قد مر في المادة ٦٢١ ان الكفالة تنعقد بايجاب الكفيل فقط الا انه هنا لابد من قبول الطالب لانه يصبح محالاً وسياتي في المادة ٦٨٠ ان الحوالة لا تصح الا برضا المحال

☸ المادة ٦٤٩ ☸ الحوالة بشرط عدم برآءة المحيل كفالة · فلو قال واحد لمديونه احلني بديني على فلان بشرط ان تكون انت ضامناً ايضاً فاحاله المديون على هذا الوجه فللطالب ان ياخذ دينهُ ممن شاءَ

راجع المادة ٣ ولو قال لاخر ضمنت لك ما لك على فلان على ان احيلك به على فلان فرضي الطالب فان احاله الضامن على فلان جاز وان ابى فلان ان يقبل الحوالة فالضامن ضامن عَلَى حاله ان شآء الطالب آخذه وان شآء آخذ الاصيل (هندية)

☸ المادة ٦٥٠ ☸ لو كفل واحد دين آخر على ان يؤديه من ماله المودع عنده يجوز ويلزم الكفيل اداوءه من ذلك المال

فيه اشكال لانه كيف يجوز للوديع ان يتصرف في مال غيره اللهم الا ان يحمل

على ان الكفالة جرت بامر المودع او ان هذا جواب الاستحسان واطلاق المتن يدل على الثاني لا عَلَى الاول وحينئذ تصح هذه الكفالة سواء كانت بامر المودع او بغير امره وبه صرح في الهندية حيث قال اذا كفل رجل عن رجل بالف درهم على ان يعطيها من وديعة المطلوب عنده فالضمان جائز ويجبر المودع على ايفاء الدين من الوديعة وهذا استحسان فان هلكت الوديعة فلا ضمان عَلَى الكفيل وكذلك لو ان صاحب الوديعة طلب من المودع ان يضمن الوديعة حتى يدفعها الى فلان قضاء بدينه هذافعل كان جائزاً وهذه المسالة والمسالة الاولى سواء اهـ. ثم هل يشترط ان تكون الوديعة من جنس الدين او لا فرق ظاهر كلام الهندية الاول

ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء ولكن لو رد الوديع ذلك المال المودع بعد الكفالة يكون ضامناً

فعليه للمكفول له قيمة ذلك المال ان كانت مساوية للدين او اقل منه وان كانت اكثر فعليه مثل الدين فقط . وفي الهندية ضمن له الف درهم على ان يعطيه اياها من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن عَلَى الكفيل ضمان ولو باعها بعبد لم يلزم المال ولا يجبر عَلَى بيع العبد في الضمان فان باع العبد بعد ذلك بدراهم كان عليه ان يقضيه من تلك الدراهم وهذا استحسان ولو ضمن عن رجل مالاً علي ان يقضيه من ثمن هذا العبد والعبد للكفيل فمات العبد قبل ان يبيعه بطل الضمان عن الكفيل ولو ضمن على ان يعطيه دينه من ثمن عبده ولا عبد له فالضمان لازم بخلاف ما لو ضمنه على ان يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له فان الضمان باطل اهـ

﴿ المادة ٦٥١ ﴾ لو كفل بنفس واحد على يحضره في الوقت الفلاني والاَّ فعليه دينه فان لم يحضره في الوقت المعين لزمه اداء ذلك الدين

اي اذا لم يحضره مع قدرته عليه فلو عجز عن احضاره لمرض المكفول عنه او لحبسه فلا يلزمه المال (در مختار) وكذا لو غاب المكفول عنه ولم يعلم مكانه (رد محتار) ولكن اذا جن المكفول او مات قبل حلول الوقت فعلى الكفيل اداء الدين ولا يعذر بموت المكفول وجنونه كما في التنوير والملتقى لان موت المكفول وان ابطل الكفالة بالنفس فانما هو في حق تسليمه الى الطالب لا في حق المال (طحطاوي) وان اختلفا في

الموافاة وعدمها فالقول للمكفول له لانه منكرها ولا يصدق الكفيل الا ببينة فان عجز عن الاثبات وحلف المكفول له فالمال لازم على الكفيل (خانية)

واذا توفى الكفيل فان سلمت الورثة المكفول عنه في الوقت المعين او سلم المكفول عنه نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على الكفيل شيء من المال وان لم يسلم الورثة المكفول عنه او هو لم يسلم نفسه وجب اداء المال من تركة الكفيل

وان مات المكفول له فيطالب وارثه الكفيل باحضار المكفول فان احضره في الوقت المعين برىء والا لزمه المال للوارث (درر)

ولو احضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له او تغيب راجع الكفيل الحاكم لينصب له وكيلاً بتسليمه عنه

تبين من هذه المادة انه لا يشترط لصحة الكفاله معلومية المكفول به اذا كان مالاً وقد مر ذلك صريحاً في المادة ٦٣٠ وكذلك لا يشترط ايضاً صحة الدعوى لصحة الكفالة فانه لو ادعى رجل على آخر مالاً ولم يبين مقداره ولا صفته اصلاً او بين مقداره دون صفته فقال رجل للمدعي دعه فانا كفيل بنفسه ان لم اوافك به غداً فعليّ ما تدعيه عليه صحت الكفالة فان لم يواف به غداً لزمه المال المدعى به (تنوير) وان اختلفا في صفته بان قال الطالب لي مائة دينار اشرفية وقال الكفيل لا بل لك مائة دينار افرنجية فالقول للمكفول له في بيانها لانه يدعي صحة الكفالة، نص عليه في العزمية والمنح وغيرهما ، وان اختلفا في مقداره بان قال الطالب الف وقال الكفيل خمسمائة فان كان الطالب قد بين مقدار الدين وقت الدعوى فكفل به الكفيل لزم الكفيل ما ادعاه الطالب وان كان لم يبينه فلا بد من اقامة البرهان على الكفيل ولو كان الاصيل مقراً وان عجز المكفول له عن البينة فالقول للكفيل بيمينه على نفي العلم. مثال الاول لو ادعى على رجل الف دينار فقال رجل للمدعي دعه ان لم اوافك به غداً فعليّ الالف فلم يوافه به لزمه الالف. ومثال الثاني ادعى على اخر انه باع منه متاعاً ولم يؤدِ اليه الثمن فقال رجل ان لم اوافك به غداً فعليّ ما تدعيه فلم يواف به وادعى المدعي ان ثمن المبيع الف واقر بها المدعى عليه وانكر الكفيل فلا بد من البرهان

على الكفيل والا فالقول قوله بيمينه بخلاف ما لو قال الكفيل ان لم اواف به فعلي من المال ما اقر به المطلوب فاقر المطلوب بالف فالكفيل ضامن لها (خانية) والفرق ان في مسالة الاقرار اضيفت الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من كل وجه وهي جائزة للتعامل . اما في مسالة الدعوى فالكفالة اضيفت الى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه لان الدعوى ان كانت سبب الوجوب في حق المدعي ليست بسبب الوجوب في حق المدعى عليه ولا تعامل في اضافة الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من وجه فيرد الى ما يقتضيه القياس ولا يمكن تصحيح هذه الكفالة لو جعلناها مضافة الى مجرد الدعوى فجعلناها مضافة الى دعوى يثبتها الطالب بالحجة حتى تصير سبباً للوجوب من كل وجه حتى لا تلغو هذه الاضافة اصلاً (هندية)

﴿ المادة ٦٥٢ ﴾ ان كان الدين في الكفالة المطلقة معجلاً على الاصيل ففي حق الكفيل يثبت معجلاً ايضاً وان كان مؤجلاً على الاصيل ففي حق الكفيل ايضاً يثبت مؤجلاً

وذلك لتبعية الفرع لاصله ولو كان الدين مؤجلاً عليهما وتوفي احدهما فيحل الدين عليه خاصة دون الآخر فلو حل الدين على الاصيل بموته لا يحل على الكفيل كما لا يحل على الاصيل اذا حل على الكفيل بموته (تنوير) وبهذه الصورة لو ادى وارث الكفيل الدين الى الدائن لا يرجع به على الاصيل لو الكفالة بامره الا عند حلول الاجل (در مختار) كما لو عجل الكفيل الدين حال حياته فانه لا يرجع على المطلوب الا عند حلول اجله (طحطاوي) ولو مات الاصيل الكفيل خير الطالب في اخذ الدين من اية التركتين شاء لان دينه ثابت على كل واحد منهما كما في حال الحيوة (درر)

﴿ المادة ٦٥٣ ﴾ يطالب الكفيل في الكفالة المقيدة بالوصف الذي قيدت به من التعجيل والتأجيل

ولو اختلفا فقال الكفيل كفلته مؤجلاً الى شهر مثلاً وقال الطالب بل كفلته حالاً فالقول للكفيل (تنوير) بخلاف الاقرار فان القول فيه للمقر له يعني اذا اقر الاخر بمائة الى شهر فقال المقر له هي حالّة فالقول للمقر له (ملتقى) والفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه هو تأخير المطالبة الى شهر والمقر له ان ينكره فكان

القول قوله ولا يصدق المقر فيما يدعيه من الاجل الا ببينة ا٠ا الكفيل فلم يقر بالدين فلا دين عليه في الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد شهر والطالب يدعى عليه حق المطالبة في الحال وهو ينكر فالقول قوله والبينة على الطالب لانه يدعي عليه حقاً (مجمع الانهر)

﴿ المادة ٦٥٤ ﴾ كما تصح الكفالة مؤجلة الى الاجل المعلوم الذي اجل اليه الدين تصح ايضاً مؤجلة الى اجل اطول منه

حتى انه يصح التأجيل الى الوفاة فلو قال كفلت بدينك على فلان بشرط ان لا اؤديه في حياتي صح ويستوفى الدين من تركة الكفيل بعد وفاته (هندية) قلت انظر كيف صح هذا التأجيل مع الجهالة الفاحشة

﴿ المادة ٦٥٥ ﴾ لو اجل الدائن دينه في حق الاصيل صار مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل ايضاً والتأجيل على الكفيل الاول تاجيل على الكفيل الثاني ايضاً واما تاجيله في حق الكفيل فليس بتاجيل في حق الاصيل

لعدم تبعية الاصل لفرعه . ولهذا لو ابرأ الطالب الكفيل لا يبرأ الاصيل بخلاف ما لو ابرأ الاصيل فان الكفيل يبرأ ايضاً تبعاً له راجع المادتين ٥٠ و٦٦٢ ثم اعلم ان قولهم تاجيل الدين عن الكفيل لا يكون تأجيلاً عن الاصيل محله فيما لو كفل حالاً ثم اجله الطالب عنه اما لو كفل بالمال الحال مؤجلاً فيتاجل الدين عن الكفيل والاصيل ايضاً (طحطاوي) لان الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل الا الدين فبالضرورة يتأجل عن الاصيل بتأجيل الكفيل اما في المسالة الاولى وهي ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التاجيل فقد تقرر فيها حكم الكفالة وهي المطالبة حالاً ثم طرأ التاجيل عن الكفيل فينصرف اليه فقط (رد محتار) واعلم ايضاً ان ما ذكرناه من تاجيل الدين عليهما فيما اذا كفل بالدين الحال مؤجلاً يستثنى منه ما اذا اضاف الكفيل الاجل الى نفسه بان قال اجلني او شرط الطالب وقت الكفالة الاجل للكفيل خاصةً فلا يتاخر الدين حينئذٍ عن الاصيل (هندية)

تنبيه : يرد التاجيل برد الاصيل والكفيل او يتوقف على قبولهما فان اجل الطالب دينه ولم يقبل الكفيل او الاصيل فالمال حالٌ يطالبان به للحال (فتح)

﴿ المادة ٦٥٦ ﴾ المديون مؤجلاً لو اراد السفر الى ديار اخرى قبل حلول الاجل وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلاً يجبر المديون على اعطاء الكفيل

وان ابى منعه الحاكم عن السفر وكذا الحكم بالاولى لو كان الدين حالاً وفي رد المحتار عن الظهيرية قالت زوجي يريد ان يغيب نخذ لي بالنفقة كفيلاً لا يجيبها الحاكم الى ذلك لانها لم تجب بعد واستحسن الامام الثاني اخذ الكفيل رفقاً بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه . قال في النهر وظاهره يفيد انه يكون كفيلاً بنفقتها عند الثاني ما دام غائباً ووقع في كثير من العبارات انه استحسن اخذ الكفيل بنفقة شهر فقط لكن قال نور العين عن الخلاصة لو علم القاضي ان الزوج يمكث في السفر اكثر من شهر فالحاكم يأخذ الكفيل باكثر من شهر عند ابي يوسف اه ملخصاً

﴿ المادة ٦٥٧ ﴾ لو قال واحد لآخر اكفلني بديني الذي هو لفلان فبعد ان كفل وادّى الدين بحسب كفالته

له ان يرجع على المكفول عنه لان الكفالة هنا بامره . اما لو كفله بغير امره فلا يرجع لتبرعه الا اذا اجاز المكفول عنه في المجلس قبل قبول الطالب (رد محتار) . وحيلة الرجوع على الاصيل لو الكفالة بلا امره ان يهب الطالب الدين من الكفيل و يوكله بقبضه (در مختار) . واعترضه في رد المحتار بان التوكيل بالقبض غير لازم لان عقد الكفالة يتضمن التوكيل بالقبض عند الاداء ثم قال نعم ينبغي ان تكون الهبة سابقة على اداء الكفيل والا كانت هبة دين سقط بالاداء فلا تصح اه . ثم ان رجوع الكفيل على الاصيل لو الكفالة بامره مقيد بامرين الاول ان يكون الآمر ممن يصح اقراره على نفسه بالديون فلو كان صبياً محجوراً وامر رجلاً ان يكفل عنه فكفل وادى لا يرجع على الآمر، اما لو كفل عن الصبي المأذون بامره وادى كان له ان يرجع عليه (هندية) الثاني ان يدفع الكفيل ما وجب دفعه على الاصيل فلو كفل عن المستاجر بالاجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لا يرجع (بزازية) وكذا لو ادى الكفيل بعد ما ادى الاصيل الى الدائن فانه لا يرجع ولو لم يعلم بادائه لانه شيء حكمي فلا فرق فيه بين

العلم والجهل كعزل الوكيل بل للكفيل ان يرجع على الدائن بما اداه له (رد محتار) لان من دفع شيئاً ظاناً انه يلزمه ثم ظهر خلافه له ان يرجع بهِ ثم اعلم انه لو ادى الكفيل دين الطالب

لو اراد الرجوع على الاصيل

فانه يرجع بما ادى ان ادى ما ضمنه لانهُ قضى دين الاصيل بامره فيرجع عليه (مجمع الانهر) وان ادى خلاف ما ضمن

فانه يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤَدى

لان رجوعه بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين الذي كفله فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عين الدين الذي ضمنهُ وكذا اذا وهب الطالب الدين من الكفيل فانه يملكه و يطالب المكفول بهِ بعينهِ بخلاف المأمور بقضا الدين فانه يرجع بما ادى لانهُ لم يملك الدين بالاداء (رد محتار)

اما لو صالح الدائن على بعض الدين فانه يرجع ببدل الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين

كما لو صالح عن الف عَلَى مئة مثلاً فانه لا يرجع الا بالمئة فقط لان الصلح عَلَى مقدار من الدين يتضمن الابراء من الباقي والابراء يسقط ما بقي من الدين فلا يملكه الكفيل فلا يرجع بهِ بخلاف الاداء لانه بهِ يملك ما في ذمة الاصيل كما تقدم فيرجع بهِ (مجمع الانهر)

مثلاً لو كفل بالمسكوكات الخالصه وادى مغشوشة ياخذ من الاصيل مسكوكات خالصةو بالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشة وادى خالصة ياخذ من الاصيل مغشوشة . كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم واداها صلحاً باعطاء بعض اشياء فانه ياخذ من الاصيل المقدار الذي كفله من الدراهم اما لو كفل بالف قرش وادى خمسمائة صلحاً فانه يرجع على الاصيل بخمسمائة

اي لو صالح الكفيل الطالب عن الدين بجنس آخر كالعروض كما لو دفع عن

الدين ثوباً او شيئاً من الحلى فان الكفيل يرجع على الاصيل بالدين كله بخلاف ما لو صالحه عن الدين على مقدار منه فانه لا يرجع الا ببدل الصلح والفرق ان الصلح في المسألة الثانية يتضمن الابراء عن الباقي من الدين والابراء يسقط الدين فلا يملكه الكفيل . اما في المسألة الاولى فالصلح مبادلة فيصير الدين بمقابلة الثوب فيملك الكفيل بهذه المبادلة ما في ذمة الاصيل من الدين فيرجع بكله عليه (درر) وكذا يرجع الكفيل بجميع الدين لو صالح الطالب عَلَى جزء منه على ان يهب له الطالب الباقي (رد محتار)

تتمة: ليس للكفيل ان يطالب مكفوله بالدين الذي كفله به بامره قبل ان يؤديه عنه للطالب (تنوير) لان الكفيل يملك الدين بالاداء لا قبله غير انه اذا تبرع الاصيل ودفعه الى الكفيل جاز الا انه اذا دفعه قبل حلول اجل الدين فله ان يسترده منه وان دفعه بعد حلول الاجل فان اداه على وجه القضا ليس له ان يسترده لصيرورته حينئذٍ ملكاً للكفيل ان هلك في يده هلك عليه وبهذه الصورة لو نهاه الاصيل عن دفعه الى الطالب لا يعمل نهيه لانه حيث كان لا يملك الاسترداد لا يعتبر نهيه وان دفعه عَلَى وجه الرسالة فله استرداده لانه حينئذٍ في يد الكفيل محض امانة ان هلك في يده لا يضمنه و يرجع به على الاصيل وبهذه الصورة لو نهاه الاصيل عن ادائه الى الطالب اعتبر نهيه لكونه يملك الاسترداد ولو اطلق عند الدفع فلم يبين انه على وجه القضا او الرسالة يقع عن القضا وصورة الدفع على وجه القضا ان يقول الاصيل للكفيل مثلاً اني لا آمن ان ياخذ الطالب منك حقه فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه . وصورة الدفع على وجه الرسالة ان يقول له خذ هذا المال وادفعه الى الطالب ولكن لو قضى الاصيل دين الطالب بنفسه فله في كل حال ان يسترد من الكفيل ما اداه اليه وهذا كله اذا كانت الكفالة بامر الاصيل كما قدمنا اذ لو كانت بغير امره فللاصيل ان يسترد ما دفعه الى الكفيل مطلقاً واذا نهاه عن دفعه الى الطالب اعتبر نهيه لكونه يملك الاسترداد اه . ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار . وفي الهندية كفل عن رجل الف درهم بامره ثم ان الاصيل اداها الى الطالب بمحضر من الكفيل ثم جحد الطالب ذلك وحلف واخذ المال من الكفيل فللكفيل ان يرجع به على لاصيل ولو كان الكفيل هو الذي دفع بمحضر من الاصيل ثم جحد الطالب القبض وحلف واخذ المال ثانيةً من الكفيل فليس للكفيل ان يرجع عَلَى الاصيل بما ادى . اه وفيها لو ضمن الوصي دين

الميت يرجع في تركته اه ولو امر الوصي رجلاً ان يكفل بدين الميت فكفل وادى فانه يرجع على التركة لا على الوصي (ادب الاوصياء)

﴿ المادة ٦٥٨ ﴾ لو غرّ واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره.

مثلاً لو اشترى عرصة و بنى عليها ثم استحقت وضبطت اخذ المشتري من البائع ثمن الارض مع قيمة البنا حين التسليم . وكذا لو قال لاهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فاني اذنته بالتجارة ثم بعد ذلك ظهران الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها من الصبي

اعلم ان الغرور لا يوجب الرجوع الا في ثلاثة مواضع . الاول ان يكون ضمن عقد المعاوضة كما تصرح في متن المادة ولو كان العقد فاسداً (خانية) ومن ذلك ما لو آجره حيوانا على انه ملكه فهلك في يد المستأجر ثم ظهر له مستحق فضمن المستاجر قيمته بحكم غاصب الغاصب فله اي للمستأجر ان يرجع على المؤجر بمثل ما ضمن (حموي) . الثاني ان يضمن الغارّ صفة السلامة للمغرور نصاً كما اذا قال لرجل اسلك هذا الطريق فانه آمن وان اخذ مالك فانا ضامن فان اخذ ماله ضمنه الغارّ لانه ضمن للمغرور صفة السلامة فلو لم يضمنها بان قال فقط اسلك هذا الطريق فانه آمن لم يضمن . ثم انه لا يشترط في ضمان الغرور ان يكون المكفول عنه معلوماً وهذا مخالف للقياس ولعلهم اجازوا الضمان مع جهالة المكفول عنه زجراً عن هذا الفعل كما في تضمين الساعي غير انه يشترط ان يكون المكفول عنه ممن تصح الكفالة عنه فلو قال لآخر ان اكل ابنك سبع او اتلف مالك سبع فانا ضامن لا يصح لان السبع فعله جبار فلا تصح الكفالة عنه . الثالث ان يكون الغرور في قبض يعود نفعه الى الدافع . مثاله لو اودع ماله عند آخر وسلمه اياه او آجر عيناً وسلمها للمستاجر فهلكت الوديعة او العين المستأجرة في يد الوديع او المستاجر ثم استحقت وضمنها المستحق فانهما يرجعان على الدافع بما ضمناه لان قبضهما عائد نفعه اليه اذ بصورة الوديعة ينتفع بالحفظ وبصورة الاجارة ينتفع بالاجرة بخلاف ما لو اعار احداً شيئاً او وهبه منه فهلك في يده ثم استحق منه وضمنه المستحق قيمته فانه لا يرجع على الدافع بشيء لان قبضه عائد نفعه اليه لا الى المعير والواهب اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار . وفي الخانية اشترى داراً و بنى فيها ثم استحق رجل نصفها شائعاً

ورد المشتري ما بقي عَلَى البائع كان له ان يرجع على البائع بنصف الثمن وبنصف قيمة البنا لانه مغرور بالنصف. ولو استحق منها نصف بعينه فان كان البنا في النصف المستحق خاصة رجع المشتري بقيمة البنا كله وان كان البنا في النصف الذي لم يستحق كان له ان يرد الباقي ولا يرجع بشيء من قيمة البنا اه

الباب الثالث

في البراءة من الكفالة ويحتوي عَلَى ثلاثة فصول

الفصل الاول

في بعض الضوابط العمومية

❊ المادة ٦٥٩ ❊ لو سلم المكفول به الى المكفول له برىء الكفيل من الكفالة سوآ سلمه الاصيل او الكفيل

وسواء كان المكفول به نفساً او مالاً لان بتسليم المكفول به الى الطالب ينتهي حكم الكفالة ولكن لو اقر انه ضمن لرجل الفاً على فلان فبرهن فلان انه كان قضاه اياها قبل الكفالة فانه يبرأ الاصيل دون الكفيل ولو برهن انه قضاه بعدها يبرآن (هندية). لانه اقر بهذه الكفالة ان الالف على الاصيل و بالاثبات تبين ان لا دين على الاصيل والكفيل عومل باقراره اي لان البينة لما قامت على الادآ قبل الكفالة علم ان ما كفل به الكفيل غير هذا الدين (رد محتار) وفي الهندية لو كفل رجلاً بمال لرجل ثم باع الاصيل من الطالب عبداً بذلك المال وسلمه اليه حتى بريء الكفيل عن الكفالة حكماً ببراءة الاصيل ثم استحق العبد من يد الطالب او رده الطالب بالعيب بقضاء القاضي عاد المال على الكفيل ولو رد بغير قضا لا يعود المال عليه اه.

❊ المادة ٦٦٠ ❊ لو قال المكفول له ابرأت الكفيل او ليس لي عند الكفيل حق يبرأ الكفيل

ولو لم يقبل الكفيل الابرآ حتى لو رده لا يرتد برده بخلاف التاجيل · والفرق ان الابراء اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لان الواجب عليه مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط بخلاف التاجيل لعوده بعد حلول الاجل · اما ماجاء في الخانية من انه لو قال الطالب للكفيل اخرجتك من الكفالة فقال الكفيل لا اخرج لم يصر خارجاً فقد اوله بعضهم بانه في معنى الاقالة لعقد الكفالة فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة بخلاف الابراء فانه محض اسقاط فيتم بالمسقط (رد محتار ملخصاً) ثم انه اذا ابرأ الطالب الكفيل فليس للكفيل ان يرجع على الاصيل بشيء كما في الهندية لان هذه البراءة براءة اسقاط لا براءة استيفاء · وقد مر بك ان الاسقاط لا يثبت للكفيل حق الرجوع لانه لا يملك الدين الا بالاداء اما لو وهب الطالب الدين من الكفيل فيحتاج الى القبول فاذا قبل كان له ان يرجع على الاصيل والا لا (هندية)

✻ المادة ٦٦١ ✻ لا تلزم براءة الاصيل ببراءة الكفيل

لانه اذا سقط الفرع لا يسقط الاصل لعدم تبعية الاصل لفرعه كما قدمنا في شرح المادة ٦٥٥

يصح تعليق الابرآ من الكفالة بالمال بالشرط المتعارف نحو ان وافيت به غداً فانت بريء من المال فوافى به بريء لمكان التعامل (خانية) · وكذا اذا قال ان عجلت لي البعض او دفعت البعض فقد ابراتك من الكفالة · اما تعليقها بالشرط غير الملائم فلا يصح نحو ان جاء غد فانت بري فتبطل البرآة وتبقى الكفالة على حالها (مجمع الانهر)

✻ المادة ٦٦٢ ✻ براءة الاصيل توجب براءة الكفيل

لانه اذا سقط الاصل سقط الفرع راجع المادة ٥٠ الا في مسألتين الاولى وردت في المادة ٨١ اما الثانية فقد مرت في شرح المادة ٦٥٩ وهي قوله ولو اقر انه ضمن لرجل الفاً على فلان الخ · ثم انه لا يشترط في الابرآ قبول الاصيل كما سيأتي في المادة ١٥٦٨ ولكن اذا رد الاصيل الابرآ هل يعود الدين عَلَى الكفيل قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود (طحطاوي) و به قال قاضيخان وهو من كبار المجتهدين ولم يذكر القول الاول · ولو وهب الطالب الدين من الاصيل يحتاج الى القبول فلو مات

قبل القبول والرد فهو بري وان لم يمت فرد الهبة فرده صحيح والمال على المطلوب وعَلَى الكفيل عَلَى حاله (هندية »

الفصل الثاني

في البراءة من الكفالة بالنفس

﴿ المادة ٦٦٣ ﴾ لو سلم الكفيل المكفول به في محل يمكن فيه المخاصمة كالبلد او القصبة الى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سوا قبل المكفول له او لم يقبل

لانه اذا لم يقبل يعد قابضاً حكماً كالغاصب اذا رد العين ولم يقبلها المغصوب منه وكالمديون اذا دفع الدين فلم يقبضه الدائن فان كلاً منهما يعد قابضاً حكماً (رد محتار) و يبرأ الكفيل ايضاً بتسليم المطلوب نفسه (تنوير) . لكن هذا اذا كانت الكفالة بامره لحصول المقصود وان لم تكن بامره فلا يبرأ لانه حينئذٍ لا يلزمه الحضور فليس مطالباً بالتسليم فاذا سلم نفسه لا يبرأ الكفيل ولهذا قالوا ان الكفيل له ان يمنع المطلوب عن السفر لو الكفالة بامره والا فلا (رد محتار) و يبرأ الكفيل ايضاً اذا سلم نائبه او رسوله المطلوب الى الطالب غير انه يشترط في تسليم هولاء الثلاثة اي المطلوب والنائب والرسول ان يقول كل منهم سلمت اليك عن الكفيل (درر)

ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معينة لا يبرأ بتسليمه في بلدة اخرى ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق لا يبرأ من الكفالة لكن لو سلمهُ في حضور ضابط يبرأ

وكذا لو شرط على الكفيل ان يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضي او شرط ان يدفعه اليهِ عند القاضي فدفعه اليه عند الامير اي فانه يبرا (خانية) ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافِ به في وقت كذا في مسجد كذا فعليه المال الذي عليه للطالب فوافاه به في ذلك المكان يومئذٍ واشهد عَلَى ذلك وتغيب الطالب برىء الكفيل من الكفالة بالنفس والمال جميعاً (هندية)

﴿ المادة ٦٦٤ ﴾ يبرأ الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب الطالب اما لو سلمه بدون طلب الطالب فلا يبرأ ما لم يقل سلمته بحكم الكفالة

﴿ المادة ٦٦٥ ﴾ لو كفل على ان يسلمهُ في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وان لم يقبل المكفول له

وذلك لان الاجل حق الكفيل فله اسقاطه كالدين المؤجل اذا قضاه المديون قبل حلول اجله فان الدائن يجبر على قبضه (طحطاوي)

﴿ المادة ٦٦٦ ﴾ لو مات المكفول بهِ فما يبرأ الكفيل من الكفالة يبرأ كفيل الكفيل

كذلك لو توفي الكفيل فما يبرأ هو من الكفالة يبرأ كفيله ايضاً ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه

او وصيه الكفيل بتسليم المكفول به فان سلمه الكفيل الى احد الورثة او الى احد الوصيين خاصة فللباقي المطالبة باحضاره (مجمع الانهر) ولا يشكل عليه ما سياتي في المادة ١٦٤٢ من ان احد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما له وعليه لان هذه المادة صرحت ايضاً بان ليس للوارث الا قبض حصته فقط اذا اثبت حق كل الورثة ومن هذا يتضح ان حق المطالبة ثابت لكل واحد من الورثة فاذا استوفى احدهم حقه لا يسقط حق البقية لان له استيفاء حقه فقط وانما قام مقام الباقين في اثبات حقهم فاده في رد المحتار

الفصل الثالث

في البراءة من الكفالة بالمال

﴿ المادة ٦٦٧ ﴾ لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المديون يبرأ الكفيل من الكفالة

لان المديون ملك ما في ذمته فيبرأ وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل (خانية)

وان كان للدائن وارث اخر يبرأُ الكفيل من حصة المديون فقط ولا يبرأُ من حصة الوارث الاخر

مثلاً لو كان لامرأة على زوجها الف درهم من صداقها فكفل لها رجل عن الزوج ثم ماتت المرأة فورثها زوجها واخوها فيبرا الكفيل من النصف ويبقى كفيلاً بنصف الاخ (هندية)٠ ولو توفي الدائن والكفيل وارثه بريء الكفيل من الكفاله ويبقى المال علَى المكفول عنه على حاله وان كانت الكفالة بغير امره بريء المطلوب ايضاً لانهُ لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته٠ ولو ملك الكفيل المال في حال الحيوة بالقضا او بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره وان كانت بغير امره لا يرجع على المكفول عنه وكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث (خانية)

❋ المادة ٦٦٨ ❋ لو صالح الكفيل او الاصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن ان اشترطت براءتهما او براءة الاصيل فقط اولم يشترط شيء

وذلك لانه اضاف الصلح الى الدين كله وهو على الاصيل فبرىء عن الباقي وبراءته توجب براءة الكفيل (درر) وبهذه الصورة لو ادى الكفيل بدل الصلح رجع به على الاصيل لو الكفالة بامره اذ بالاداء يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع انظر الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧

وان اشترط براءة الكفيل فقط يبرأُ الكفيل فقط

لكون الصلح بهذه الصورة فسخاً للكفالة لا اسقاطاً لاصل الدين

ويكون الطالب مخيراً ان شاء اخذ مجموع دينه من الاصيل

لان مجموع الدين باق عليه وبهذه الصورة لا يأخذ الطالب من الكفيل شيئاً لئلا يصير مستوفياً زيادة عن حقه

وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الاصيل

ويرجع الكفيل علَى الاصيل بما ادى ان كفل بامره وان كان بغير امره فلا يرجع (هندية) ولو صالح الكفيل الطالب على شيء معلوم ليبرئه من الكفالة يصح الصلح ويبرا الكفيل دون الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة (ردمحتار عن الهداية)

﴿ المادة ٦٦٩ ﴾ لو احال الكفيل المكفول له على واحد وقبل المكفول له والمحال عليه برئ الكفيل والاصيل

وكذا لو احاله الاصيل او تبرع رجل فاخذ الدين على نفسه بطريق الحوالة (انظر المادة ٦٨١) لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة فحكمها براءة الاصيل والكفيل معاً ولكن اذا شرط الكفيل براءة نفسه فقط فحينئذٍ يبرا هو دون الاصيل (اشباه) وللطالب اخذ الاصيل والمحال عليه بدينه ولا سبيل له على الكفيل ما لم يتوِ المال على المحال عليه وكذا يبرا الكفيل ايضاً لو احال الطالب انساناً على المطلوب وللمحال حينئذٍ ان يطالب الاصيل لكونه محالاً عليه لا الكفيل لانه لم يضمن له شيئاً (رد محتار)

﴿ المادة ٦٧٠ ﴾ لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته

لان الكفالة لا تبطل بموته لكون حكمها بعد موته ممكناً فيوفى الدين من تركته ثم ترجع الورثة على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره وكان الدين حالاً فلو كان موجلاً فلا رجوع حتى يحل الاجل كما قدمنا في شرح المادة ٦٥٢

فرع : ادعى على رجل الف درهم وضمنها رجل بامر المدعى عليه ودفعها الضامن الى المدعي ثم ان المدعي مع المدعى عليه تصادقا على انه لم يكن على المدعى عليه شيء فالمدعي يرد ماقبض الى المدعى عليه ثم الضامن يرجع بما ادى على المدعى عليه (هندية)

﴿ المادة ٦٧١ ﴾ الكفيل بثمن المبيع اذا انفسخ البيع

بخيار روية او شرط او بالاقالة او بفساد البيع (رد محتار)

او ضبط المبيع بالاستحقاق او رد بعيب يبرأ من الكفالة

سواء كان الرد بالعيب بقضا او برضا ولو كانت الكفالة بالثمن لغريم البائع اي لدائنه كما لو اشترى من رجل شيئاً بالف وضمن المشتري او غيره ثمن المبيع لدائن البائع ثم استحق المبيع برئ الكفيل ايضاً اما لو رد المبيع على البائع بعيب بقضا او برضا او بخيار روية او شرط فلا يبرا الكفيل بل يبقى للدائن حق مطالبته بالثمن الذي كفله له والفرق بينهما فيما استظهره في النهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن غير واجب

على المشتري وفي الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعد ما تعلق به حق الدائن فلا يسري عليه (رد محتار) وفي الهندية كفل رجل للبائع بثمن المبيع ثم ان البائع وهب الثمن من الكفيل فاخذه الكفيل من المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فرده على بائعه فله ان ياخذ الثمن منه وليس لواحد منهما على الكفيل سبيل اه

﴿ المادة ٦٧٢ ﴾ لو استوجر مال الى نهاية مدة معلومة و كفل واحد ببدل الاجارة التي سميت

صحت الكفالة سواء كانت الاجرة موجلة او معجلة لان الاجرة وان لم تجب بالعقد فالسبب الموجب قد وجد والكفالة بعد وجود السبب صحيحة غير ان الكفيل تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الاجارة فان انعقدت اجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد

ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ٦٤٠ عن الهندية من انه لو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان يرجع في راس مال الشهر ولا منافاة بينه وبين ما جاء في هذه المادة من ان الكفالة لا تنتهي الا عند انقضاء مدة الاجارة لان الكفالة هنا واقعة على بدل الاجارة كله بخلاف مسالة الهندية المتقدمة

تتمة : قال في الخانية رجل عليه دين و به رهن و كفيل بامره فقضى الكفيل دين الطالب ثم هلك الرهن في يد الطالب فالكفيل يرجع على الاصيل بما كفل وهو كما لو باع شيئاً واخذ بالثمن كفيلاً بامر المشتري فادى الكفيل الثمن ثم هلك المبيع عند البائع فان الكفيل لا يخاصم البائع ولا يرجع عليه وانما يرجع على المشتري ثم المشتري يرجع على البائع بما دفع الكفيل ولو كان رجل عليه دين لرجل و به كفيل فاخذ الطالب من الكفيل رهناً ومن الاصيل رهناً احدهما بعد الاخر ولكل واحد من الرهنين وفا بالدين فهلك احد الرهنين عند المرتهن قال ابو يوسف ان هلك الرهن الثاني وكان الراهن الثاني علم برهن الاول فان الثاني يهلك بنصف الدين وان لم يعلم بذلك يهلك بجميع الدين وذكر في كتاب الرهن ان الثاني يهلك بنصف الدين ولم يذكر العلم والجهل وهو الصحيح اه

الكتاب الرابع

في الحوالة ويحتوي على مقدمة و بابين

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحوالة

﴿ المادة ٦٧٣ ﴾ الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى

مع نقل المطالبة ايضاً. وهذا عَلَى قول الامام ابي يوسف ووجهه دلالة الاجماع عَلَى ان المحال لو ابرأ المحال عليه من الدين او وهبه منه صح ولو ابرأ المحيل او وهبه لم يصح. وقال محمد انها نقل المطالبة فقط ووجهه دلالة الاجماع ايضاً على ان المحيل اذا قضى دين الطالب قبل ان يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً و يجبر على القبول وكذا المحال لو ابرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد بالرد ولو وهبه منه ارتد ولو كان الدين قد انتقل الى ذمته لما اختلف حكم الابراء والهبة وكذا المحال لو ابراه المحال عليه لم يرجع عَلَى المحيل وان كانت بامره كالكفالة ولو وهبه يرجع ان لم يكن للمحيل عليه دين (رد محتار) وثمرة الخلاف انه اذا ابرأ المحال له المحيل من الدين لم يصح الابرا عَلَى القول الاول لان المحيل بريء من الدين بالحوالة اما عَلَى القول الثاني فالابرا صحيح لان الدين باقٍ في ذمة المحيل وانما المطالبة فقط تحولت عنه. وكذا لو احال الراهن المرتهن بدينه على اخر كان له ان يسترد الرهن منه على القول الاول لانفساخ الرهن ببرآة المحيل اما على القول الثاني فلا يسترده فذلك كما لو اجل المرتهن الدين على الراهن (بحر ورد محتار) واتفق القولان عَلَى عود الدين بالتوى وعلى جبر المحال عليه عَلَى قبول الدين من المحيل وعلى قسمة الدين بين غرما المحيل بعد موته قبل قبض المحتال وعلى ان توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح وعَلَى ان المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان للمحال عليه ان يرجع على المحيل وعلى انها تفسخ بالفسخ مع ان هذه المسائل تباين كونها نقلاً للدين وانما كان كذلك لان الحوالة اعتبرت تأجيلاً في بعض الاحكام وجعل المحول به المطالبة لا الدين واعتبرت في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول به المطالبة والدين (طحطاوي)

﴿ المادة ٦٧٤ ﴾ المحيل هو المديون الذي احال

﴿ المادة ٦٧٥ ﴾ المحال له هو الدائن

مفاد هاتين المادتين انه يلزم ان يكون المحيل مديوناً للمحال له فلو احال زيداً وهو غير مديون له بالف له على بكر فذلك ليس بحوالة بل وكالة بالقبض فكانه وكل زيدا بقبض دينه من بكر . وكذا لو ان الوكيل بالبيع أحال موكله بثمن المبيع على المشتري لان حق القبض عائد له فذلك ليس بحوالة بل وكالة بالقبض اذ ليس للموكل على الوكيل دين (انقروي بتصرف)

﴿ المادة ٦٧٦ ﴾ المحال عليه هو الذي قبل على نفسه الحوالة

﴿ المادة ٦٧٧ ﴾ المحال به هو المال الذي احيل

﴿ المادة ٦٧٨ ﴾ الحوالة المقيدة هي الحوالة التي قيدت بان تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه او في يده

﴿ المادة ٦٧٩ ﴾ الحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بان تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه

والفرق بين المطلقة والمقيدة يعلم من المواد ٦٩١ و٦٩٢ و٦٩٣ و٦٩٤ و٦٩٥

الباب الاول

في عقد الحوالة وينقسم الى فصلين

الفصل الاول

في ركن الحوالة

﴿ المادة ٦٨٠ ﴾ لو قال المحيل لدائنه حولتك على فلان وقبل الدائن تنعقد الحوالة

موقوفة على رضا فلان المحال عليه فلا تتم بدون قبوله كما يأتي صريحاً في المادة ٦٨٢

﴿ المادة ٦٨١ ﴾ يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه

ولا يشترط رضا المحيل لانه اذا تمت الحوالة بدون رضاه لا يتضرر بل في ذلك نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم تكن الحوالة بامره اما لو كان للمحيل على المحال عليه دين وقيدت الحوالة بان يؤدي المحال به من هذا الدين فلا تصح حينئذ بدون رضا المحيل لانها تكون اسقاطاً لحق مطالبة المحيل عليه فلا تصح الا برضاه (مجمع الانهر)

مثلاً لو قال واحد لاخر خذ مالي على فلان من الدين وقدره كذا قرشاً حوالة عليك، فقال له الاخر قبلت او قال له اقبل الدين الذي لك بذمة فلان وقدره كذا غرشاً حوالة عليّ فقبل تصح الحوالة حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته

﴿ المادة ٦٨٢ ﴾ الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال له لا تصح ولا تتم الا بعد اعلام المحال عليه وقبوله

سواء كان المحال عليه مديوناً للمحيل او لم يكن لان الحوالة الزام دين عليه ولا لزوم بلا التزام (درر) غير انه تصح الحوالة بدون رضا المحال عليه وقبوله في مسالة واحدة وهي اذا استدانت الزوجة النفقة بامر القاضي لها ان تحيل بها على الزوج بدون رضاه (رد محتار عن السائحاني)

مثلاً لو احال واحد دائنه على اخر هو في ديار اخرى فقبل الدائن ولدى اعلام المحال عليه قبلها ايضاً تمت الحوالة

اعلم ان قولهم في ديار اخرى صريح في انه لا يشترط حضور المحال عليه في المجلس بل تصح الحوالة في غيبته وبه صرح في الخانية وغيرها اما حضور المحال فشرط لصحة الحوالة حتى لا تصح في غيبته ولو بلغه فقبل الاّ ان يقبل عنه اخر ولو فضولياً وحينئذ يتوقف قبول الفضولي على اجازة المحال اذا بلغه (خانية ودرر)

﴿المادة ٦٨٣﴾ الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له

لان فيها انتقال حقه من ذمة الى ذمة اخرى والذمم متفاوتة فلا بد من قبوله ورضاه (درر)

مثلاً لو قال واحد لاخر خذ عليك حوالة ديني الذي بذمتي لفلان وقبل المحال عليه ذلك تنعقد الحوالة موقوفة فاذا قبلها المحال له تنفذ

الفصل الثاني

في شروط الحوالة

﴿المادة ٦٨٤﴾ يشترط في انعقاد الحوالة ان يكون المحيل والمحال له عاقلين

فلا تصح حوالة مجنون وصبي لا يعقل (رد محتار) ولكن لا يشترط في انعقاد الحوالة بلوغ المحيل والمحال له فحوالة الصبي العاقل واحتياله ينعقدان موقوفين على اجازة وليه كما ياتي في المادة الاتية

وان يكون المحال عليه عاقلاً بالغاً . فكما تبطل الحوالة لو احال الصبي غير المميز دائنه على اخر او قبل الحوالة لنفسه من اخر فكذلك تبطل ايضاً لو قبل الصبي الحوالة على نفسه سوآ كان مميزاً او غير مميز مأذوناً او محجوراً

وسواء كانت الحوالة بامر المحيل او بدونه وان قبل وليه عنه لا يصح (هندية)

﴿المادة ٦٨٥﴾ يشترط في نفوذ الحوالة ان يكون المحيل والمحال له بالغين . فحوالة الصبي المميز وقبوله الحوالة لنفسه ينعقدان موقوفين على اجازة وليه فان اجازهما نفذا وفي صورة قبوله الحوالة لنفسه يشترط ان يكون المحال عليه املأ يعني اغنى من المحيل وان اذن الولي

وذلك لان الولي اباً كان او وصياً لا يصح احتياله بمال الصغير الا اذا كان المحال عليه املأ من المحيل (در مختار) فاذا لم يصح احتياله لا تصح اجازته وجزم في الخانية بانه لا يجوز ايضاً احتياله بمال الصغير لو كان المحيل والمحال عليه متساويين في الغنى او متقاربين وعلله في الدر المختار بانه حينئذٍ اشتغال بما لا يفيد والعقود انما شرعت للفائدة اه وفي فتاوى علي افندي عن احكام الصغار، الاب او الوصي اذا قبل الحوالة على شخص دون المحيل في الملاءة ان وجب الدين بعقدهما جاز والا فلا اه واذا اجازت حوالتهما في هذه الصورة فهما ضامنان لما يتوى من مال الصغير انظر شرح المادة ١٥٤١

تنبيه : لا تشترط الصحة لصحة الحوالة ونفاذها فتصح حوالة المريض (طحطاوي)

﴿المادة ٦٨٦﴾ لا يشترط ان يكون المحال عليه مديوناً للمحيل فتصح حوالته وان لم يكن له على المحال عليه دين

وان قضى المحال عليهِ المحال بهِ ثم طالب المحيل بمثله فقال المحيل انما احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله بلا حجة لان قبول الحوالة ليس اقراراً بالدين لصحتها بدونهِ وكذا لو طالب المحيل المحتال بما احاله بهِ فقال احلتني بدين لي عليك لا يقبل الا بحجة (در منتقى)

﴿المادة ٦٨٧﴾ كل دين لم تصح به الكفالة لا تصح الحوالة به

﴿المادة ٦٨٨﴾ كل دين تصح به الكفالة تصح الحوالة به لكن يلزم ان يكون المحال به معلوماً فلا تصح حوالة الدين المجهول فلو قال قبلت دينك الذي سيثبت على فلان فلا تصح الحوالة

ولا تصح الحوالة ايضاً بالعين (ملتقى) لان النقل الذي تضمنته نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المقصود فيها النقل الحسي فكانت نقلاً للوصف الشرعي وهو الدين وقال بعضهم يرد على ذلك ان الحوالة تصح بدراهم الوديعة مع انه ليس فيها نقل الدين ودفع بعضهم هذا الايراد بان النقل موجود لان المدبون اذا احال الدائن على مستودعه فقد انتقل الدين عن المدبون الى المستودع وصار المستودع مطالباً

بالدين كانه في ذمته فكانت حوالة بالدين لا بالعين ، نعم لو احال المودع رب الوديعة بها على اخر كانت حوالة بالعين فلا تصح (رد محتار ملخصاً)

❊ المادة ٦٨٩ ❊ كما تصح حوالة الديون الصحيحة المترتبة في الذمة اصالةً كذلك تصح حوالة الديون التي تترتب في الذمة من جهتي الكفالة او الحوالة

فاذا احال الكفيل الطالب على اخر صحت الحوالة وبرئ الكفيل والاصيل راجع المادة ٠٦٦٩ واذا احال المحال عليه المحتال على اخر جاز ايضاً وبرئ المحال عليه الاول انظر المادة ٦٩٩

الباب الثاني

في احكام الحوالة

❊ المادة ٦٩٠ ❊ حكم الحوالة برآة المحيل وكفيله ان كان له كفيل من الدين والكفالة

اي براءة موقتة بعدم التوى كما سيتضح. وفائدة براءة المحيل انه لومات لا يكون للمحال له ان ياخذ الدين من تركته ولكن له ان ياخذ كفيلاً من ورثته مخافة ان يتوى حقه (ملتقى) ثم انه لو احال الطالب غريمه بالمال على الكفيل يبرأ الكفيل من الطالب وللطالب ان يطالب المكفول عنه وللكفيل ان ياخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحوالة فاذا استوفى المحال له المال من الكفيل برىء المكفول عنه ولا يرجع بما ادى على المحيل ولكن يرجع عَلَى المكفول عنه وان ادى المكفول عنه المال الى المحيل قبل ان يؤدي الكفيل الى المحال له لم يكن للكفيل عَلَى المكفول عنه سبيل لكنه ياخذ المحيل حتى يخلصه من الحوالة ولا يبرا الكفيل من حق المحال له فان ادى الكفيل الى المحال له بعد ذلك كان لهُ ان يرجع عَلَى المحيل دون الاصيل (هندية)

وثبوت حق طلب ذلك الدين من المحال عليه للمحال له

ولا يرجع المحال لهُ عَلَى المحيل الا بالتوى لان براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة

حق المحال لهُ (مجمع الانهر) والتوى يكون باحد امرين الاول ان يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال لهُ والمحيل لاثبات الحوالة . الثاني ان يموت المحال عليه مفلساً بان لم يترك عيناً او ديناً او كفيلاً (در منتقى) وزاد ابو يوسف ومحمد امراً ثالثاً وهو ان يفلس المحيل في حياته بقضا الحاكم وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح عندهما وعند الامام لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع لانه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل بخلاف موته مفلساً لخراب الذمة فيثبت التوى . وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً ترجيح قول الامام ولم ارَ من صحح قولهما وان اختلفا في موته مفلساً بان قال المحال له مات المحال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة او اختلفا في موته قبل الاداء او بعده فالقول للمحال له بيمينه على نفي العلم في المسألة الاولى وعلى البتات في المسألة الثانية وذلك لتمسكه بالاصل وهو العسرة في المسألة الاولى وعدم الاداء في المسألة الثانية اه (ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار) . ولو ظهر للميت مال كان لهُ كدين على ملي او وديعة عند رجل اومدفون ولم يعلم القاضي به يوم موته حتى قضى ببطلان الحوالة و بعود الدين على المحيل رد القاضي قضاه فبعد ذلك ان لم يكن المحال له اخذ شيئاً من المحيل رجع بدينه في المال الذي ظهر للمحال عليه وان كان قد اخذ شيئاً من المحيل رده عليه (هندية) ولو مات المحال عليه مفلساً وعند المحال له رهن بالمال لغير المحال عليه بان استعار المحال عليه من آخر عيناً فرهنها عند المحال له او رهن رجل عند المحال له رهناً بالمال تبرعاً وجعل المحال عليه مسلطاً على بيعه او لم يجعل يعود المال في ذمة المحيل (خانية) ولو ان صاحب الرهن لم ياخذ الرهن بعد ما مات المحال عليه مفلساً حتى هلك في يده الرهن هلك بدينه الذي هو مضمون به وان سقط الرهن عن المحتال عليه بموتهِ مفلساً ثم اذا هلك الرهن الذي هو مضمون بهِ ينظر بعد ذلك ان كان الراهن تطوع في الرهن لا يرجع على احد بشيء وان رهن بامر المحال عليه او استعار المحال عليه شيئاً ورهنهُ اتبع صاحب الرهن المحيل بالمال فياخذ منهُ وصار ذلك تركة للمحال عليه فيقضى منهُ دين غرمائه والراهن من جملة غرمائهِ (هندية)

واذا احال المرتهن واحداً على الراهن لا يبقى له ان يحبس الرهن و يمسكه

ومثل ذلك لو احال البائع غريمه على المشتري بالثمن سقط حق حبسه المبيع اما

بالعكس كما لو احال الراهن المرتهن بدينه على آخر او احال المشتري البائع بالثمن على مدبونه فلا يسقط حق حبس المبيع والرهن ووجههُ ظاهر وهو ان البائع والمرتهن اذا احالا غريماً لهما على المشتري او الراهن سقطت مطالبتهما فيسقط حقهما في الحبس بخلاف ما لو احيلا فان مطالبتهما باقية (رد محتار)

﴿ المادة ٦٩١ ﴾ لو احال المحيل حوالة مطلقة

لا يتعلق حق المحال له بالدين الذي للمحيل على المحال عليه ولا بالوديعة ولا بالغصب اللذين عنده بلا بذمة المحال عليه ويجب عليه اداء دين المحال له من مال نفسه وللمحيل ان يقبض دينه ووديعته وغصبه منه ولا تبطل الحوالة باخذه . فلو مات المحيل قسم دينه ووديعته وغصبه الذي قبل المحال عليه بين غرمائه دون المحال (هندية)

فان لم يكن له عند المحال عليه دين يرجع المحال عليه على المحيل بعد الاداء وان كان له دين على المحال عليه يكون تقاصاً بدينه بعد الاداء

مفاد قوله لو احال المحيل الخ انه يشترط للرجوع على المحيل ان تكون الحوالة بامره اما اذا لم تكن بامره كما لو عقدت بين المحال له والمحال عليه فقط على ما مر في المادة ٦٨١ فلا رجوع ولا تقاص كما في عامة المعتبرات

﴿ المادة ٦٩٢ ﴾ ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به في الحوالة المقيدة

اي اذا احال احد دائنه على آخر حوالة مقيدة بان تعطى من مال المحيل الذي له بذمة المحال عليه او من الوديعة التي له في يده او من المغصوب الذي له عنده ليس للمحيل بعد ذلك ان يطلب ذلك المال من المحال عليه سواء كان ديناً او وديعة او مغصوباً (ملتقى) لان الحالة لما قيدت به تعلق به حق الطالب وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن واخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز اما لو كانت الحوالة مطلقة فلا ينقطع فيها حق مطالبة المحيل عن المحال عليه بما له عنده من دين او وديعة الى ان يؤدي المحال عليه فاذا ادى سقط ما عليه قصاصاً (رد محتار)

وليس للمحال عليه ان يعطي المحال به للمحيل فان اعطاه ضمن

لانه استهلك ما تعلق به حق المحال له كما اذا استهلك الرهن احد فانه يضمنه للمرتهن لانه يستحقه (فتح)

وبعد الضمان يرجع على المحيل ولو توفي المحيل قبل الاداء وكانت ديونه ازيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به

التعبير بالمحال به في هذه الفقرة والفقرة الاولى غير مصيب اذ المقصود هنا ما في يد المحال عليه او في ذمته من العين والدين للمحيل كما هو ظاهر . اما ان المحال له احق من سائر الغرما في ذلك فلم يظهر لي وجهه مع ان عامة كتب المذهب قد صرحت بان المحال له اسوة للغرما لان العين التي للمحيل في يد المحال عليه والدين الذي له في ذمته لم يصر مملوكاً للمحتال بعقد الحوالة لا يداً وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرما بالاسوة اما المرتهن فملك المرهون يداً وحبساً فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه (درر) اما لو كانت الحوالة مطلقة فالمحتال اسوة للغرما عند الكل (رد محتار) والظاهر ان جمعية المجلة لم تخالفهم الا في الحوالة المقيدة فقط ولعلها اخذت بقول زفر فان المحتال عنده احق من سائر الغرما لان الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (مجمع الانهر) ثم ان هذا كله اذا مات المحيل قبل الاداء اما لو مات بعده فلا خلاف في ان المحال له اولى من سائر الغرما كما في الهندية وغيرها

✻ المادة ٦٩٣ ✻ لا تبطل الحوالة المقيدة بان تؤدى مما في ذمة المشتري للبائع من ثمن المبيع اذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن او رد بخيار الشرط او خيار الرؤية او خيار العيب او اقيل البيع ويرجع المحال عليه بعد الاداء على المحيل يعني انه ياخذ ما اداه للمحال له من المحيل اما لو تبين براءة المحال عليه من ذلك الدين بان استحق المبيع واخذ فتبطل الحوالة

والفرق ان في الصورة الاولى وهي هلاك المبيع وما عطف عليه كان الدين ثابتا في ذمة المشتري وقت الحوالة والحوالة صحيحة لازمة وانما حدث بعد ذلك ان سقط الدين الذي قيدت الحوالة به بامر عارض ولم يتبين براءة الاصيل منه فلا تبطل الحوالة لصحتها ولو لم يكن المحال عليه مديوناً للمحيل ولكن اذا ادى المحال عليه رجع على المحيل بما ادى لانه قضى دينه بامره وفي الصورة الثانية اي صورة الاستحقاق تبين

براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة فبطلت ولو كان المحال عليه اي المشتري قد ادى الدين قبل الاستحقاق الى المحال له فله ان يرجع به على البائع المحيل او على المحال له القابض وان كانت الحوالة مطلقة فلا تبطل بحال من الاحوال حتى ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل (رد محتار ملخصاً)

✻ المادة ٦٩٤ ✻ تبطل الحوالة المقيدة بان تعطى من مال المحيل الذي هو في يد المحال عليه امانة اذا ظهر مستحق واخذ ذلك المال و يعود الدين على المحيل.

✻ المادة ٦٩٥ ✻ تبطل الحوالة المقيدة بان تعطى من مال المحيل الذي هو في يد المحال عليه امانةً ان تلف ولم يكن مضموناً ويرجع الدين على المحيل

لان حق المحال لهُ قد توى عند المحال عليه اما ما سبق من ان التوى بوجهين عنده وثلاثة اوجه عندهما فذاك في الحوالة المطلقة فلا يرد شيء بهذا الوجه الرابع ثم انه اذا لم يعطِ المحال عليه الامانة بل قضى الدين من ماله كان متطوعاً قياساً لا استحساناً اي فله الرجوع بما ادى ولو وهبه المحال لهُ تلك الامانة صحت الهبة لانه لما كان للمحال لهُ حق ان يتملكها كان لهُ حق ان يملكها (رد محتار)

وان كان مضموناً لا تبطل الحوالة مثلاً لو احال واحد دائنه على آخر على ان يؤدي من نقوده التي هي عنده امانة ثم تلفت النقود قبل الاداء بلا تعدٍ تبطل الحوالة و يعود دين الدائن على المحيل اما لو كانت تلك النقود مغصوبة او امانة اضحت مضمونة باتلاف الامين فلا تبطل الحوالة

لانه اذا كانت الحوالة مقيدة بمال مضمون كالمغصوب فان هلك يخلفه بدله فلا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه منه لان الواجب عليه رد عين المغصوب وان عجز بهلاكه رد المثل او القيمة اما لو استحق المغصوب من المحال عليه فتبطل الحوالة لعدم ما يخلفه (درر)

تنبيه : اذا كانت الحوالة مقيدة بالوديعة فقال المودع ضاعت الوديعة صدق بيمينه و يثبت الهلاك به وتبطل الحوالة . ولو كانت بالغصب فلا يصدق بيمينه ولا تبطل الحوالة (هندية)

﴿ المادة ٦٩٦ ﴾ لو احال احدٌ دائنه على آخر على ان يبيع مالاً معيناً للمحيل و يؤدي الدين من ثمنه وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط تصح و يجبر المحال عليه على بيع ذلك المال واداء دين المحيل من ثمنه

علة الصحة ان الحوالة هنا بامر المحيل فكان المحال عليهِ قادراً على البيع والاداء بما التزم بخلاف ما لو كانت بغير امره اذ لا تصح قطعاً لعجز المحال عليهِ عن الوفآ بالملتزم (درر) وعلة الجبر عَلَى بيع مال المحيل كون البيع مشروطاً في الحوالة كما في الرهن فانهُ لو شرط للمرتهن بيع الرهن اذا لم يقض الراهن دينهُ فانهُ يصح ولا يملك الراهن الرجوع عن ذلك (رد محتار) انظر المادتين ٧٦١ و ٥٢١ ولو احال احد دائنهُ على رجل على ان يعطيه من ثمن دار المحال عليهِ هذه فالحوالة جائزة ولكن لا يجبر المحال عليهِ على بيع داره ولا على اعطاء مالهِ حتى يبيع داره واذا باع داره اجبر على ان يعطيه ماله من ثمنها (هندية)

﴿ المادة ٦٩٧ ﴾ في الحوالة المبهمة التي لم يذكر تعجيلها ولا تأجيلها ان كان الدين معجلاً على المحيل كانت الحوالة معجلة ووجب على المحال عليه اداء الدين حالاً وان كان الدين موءجلاً كانت الحوالة موءجلة ووجب اداء الدين عند حلول اجله

اعلم ان الحوالة على نوعين حالّة وموءجلة . فالحالة ان يحيل المدبون الطالب على رجل بالف درهم فيجوز وتكون الالف على المحيل حالّة والموءجلة ان يكون لرجل على آخر الف درهم من ثمن مبيع مثلاً موجلة الى سنة فيحيله بها على رجل الى سنة فالحوالة جائزة و يطالب المحال عليه الى سنة . على انه اذا كان المال حالاً على الذي عليه الاصل فاحال دائنه على رجل الى سنة فهو جائز فان مات المحال عليه قبل مضي الاجل مفلساً عاد المال على المحيل حالاً . وكذلك لو كان المال حالاً على المحيل من ثمن مبيع او غصب

فاحاله بها على رجل الى سنة ومات المحال عليه قبل مضي الاجل مفلساً فانه يعود المال على المحيل حالاً (هندية) . ولكن لو حصلت الحوالة مبهمة اي مطلقة عن قيد التأجيل والتعجيل ينظر حينئذٍ ان كان الدين حالاً على المحيل فهو حال على المحال عليهِ وان كان مؤَجلاً على المحيل فهو مؤَجل في حق المحال عليه فلا يلتزم بادائهِ الا بعد حلول الاجل . وفي الهندية لو احتال الاب او الوصي بدين الصبي الى اجل لم يجز لكونهِ ابراءً موقتاً فيعتبر بالابراء المؤَبد وهذا اذا كان ديناً ورثه الصغير وان وجب بعقدهما جاز التاجيل عند ابي حنيفة وابي يوسف اه

﴿ المادة ٦٩٨ ﴾ ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل اداء الدين ولا يرجع الا بالمحال به . يعني يرجع بجنس ما احيل عليه من النقود والا فليس له الرجوع بالمؤَدى . مثلاً لو احيل عليه بفضة واعطى ذهباً يأْخذ فضة وليس له ان يطالب بالذهب ، كذلك لو اداها باموال واشياء اخر فليس له الا اخذ ما احيل عليه من النقود

ولو صالح المحال انهُ على جنس حقه وابراه عن الباقي رجع على المحيل بالقدر المؤَدى فقط لانه ملكه بالاداء وان صالح عَلَى خلاف جنسهِ بان صالحه عن الدراهم على دنانير او على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين (هندية) . وهذا كله لو الحوالة بامر المحيل ، فان كانت بلا امره فلا رجوع عليهِ بشيءٍ لان المحال عليه يكون حينئذ متبرعاً (مجمع الانهر) وفي الخانية رجل عليه دين لرجل فاحال الطالب على رجل ليس للمحيل عليه دين فجاء فضولي وقضى المال عن المحال عليه تبرعاً كان للمحال عليه ان يرجع على المحيل كما لو ادى من مال نفسه وليس عليه دين ولو كان للمحيل دين على المحال عليه فاحال الطالب على مديونه بذلك المال ثم جاء فضولي وقضى دين المحال له عن المحيل الذي عليه اصل المال كان للمحيل ان يرجع بدينه على المحال عليه ولو اختلف المحيل والمحال عليه كل واحد منهما يدعي ان الفضولي قضى عنه والفضولي لم يبين عند القضا احدهما بعينه يرجع الى قول الفضولي عن ايهما قضيت فان مات الفضولي قبل البيان او غاب كان القضا عن المحال عليه اه

﴿ المادة ٦٩٩ ﴾ كما ان المحال عليه يبرأُ من الدين اذا ادى المحال

به او احاله على آخر او ابرأه المحال له منهُ كذلك يبرأُ من الدين لو وهبه المحال له المحال به او تصدق بهِ عليهِ وقبل الهبة او الصدقة

لقد تبين من هذه المادة ان قبول المحال عليه شرط فقط في الهبة لكونها ترتد بالرد اما الابراء فلا يشترط فيه القبول لان ابراء المحال له للمحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد بالرد راجع المادة ٦٧٣ ثم انه لو ابرأ المحال له المحال عليه من دين الحوالة لا يرجع المحال عليه على المحيل وان كانت الحوالة بامره كالكفالة واما لو وهبه منه فيرجع به على المحيل ان لم يكن عليه دين للمحيل (رد محتار) وكذا لو تصدق به عليه او مات المحال له فورثهُ المحال عليه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل واذا قال المحال له للمحال عليه قد تركته لك كان للمحال عليه ان يرجع على المحيل ايضاً (هندية)

﴿المادة ٧٠٠﴾ لو توفي المحال له وكان وارثه المحال عليه لا يبقى حكم الحوالة

بل يبرأ المحال عليه من الدين وهذا اذا لم يكن للمحال له وارث آخر اما لو كان للمحال له وارث آخر فلا يبرأ المحال عليه الا من حصته فقط راجع المادة ٦٦٧ . وفي كل حال للمحال عليه ان يرجع على المحيل بما ملكه بالارث من الدين المحال به فلو كانت الوراثة منحصرة بالمحال عليه وحده رجع بالمحال به كله وان كان يوجد وارث اخر رجع بنصفه فقط لانه لم يملك بالارث سوى نصف الدين اما النصف الآخر فيرجع به بعد ادائه الى الوارث الاخر

فروع : احال امرانه بصداقها على رجل وقبل الحوالة ثم غاب الزوج فاقام المحال عليه بينة ان نكاحها كان فاسداً و بين لذلك وجهاً لا تقبل بينته ولو ادعى انها كانت ابرأت زوجها عن صداقها او ان الزوج اعطاها المهر او باع بصداقها منها شيئاً وقبضت قبلت بينته وان كان المبيع غير مقبوض لا تقبل بينته (خانية) . في كل موضع كانت فيه الحوالة فاسدة اذا ادى المحال عليه المال فهو بالخيار ان شاء رجع على القابض وان شاء رجع على المحيل (تنوير) . احال رجلاً بما عليه على ان المحال له بالخيار فهو جائز وله الخيار ان شاء امضى على الحوالة وان شاء رجع على المحيل وكذا ان احاله عليه على ان المحال له متى شاء رجع على المحيل فهو جائز والمحال له الخيار يرجع على ايهما شاء (هندية)

الكتاب الخامس

في الرهن ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالرهن

﴿ المادة ٧٠١ ﴾ الرهن حبس مال وامساكه في مقابل حق يمكن استيفاؤه منهُ

اي استيفاء الحق من المرهون وهو اي ذلك الحق الدين حقيقة كثمن المبيع او بدل الصلح او حكماً كالاعيان المضمونة بالمثل او القيمة ويقال لها الاعيان المضمونة بنفسها لقيام المثل او القيمة مقامها كالمغصوب ونحوه مما سيأتي بيانه في المادة ٧١٠ ومن هذا ظهر ان المراد بالحق هنا الحق المالي فخرج حق القصاص وحق اليمين وحق الشفعة اذ لا يصح الرهن بها اذ ليست حقوقاً مالية فلا يمكن استيفاؤها من المرهون (هندية) والرهن مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة وبالسنة وهو ما روي من انه (صلعم) اشترى من يهودي طعاماً ورهنه به درعه وقد انعقد الاجماع على ذلك لانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة (مجمع الانهر)

ويسمى ذلك المال مرهوناً ورهناً

﴿ المادة ٧٠٢ ﴾ الارتهان اخذ الرهن

﴿ المادة ٧٠٣ ﴾ الراهن هو الذي اعطى الرهن

﴿ المادة ٧٠٤ ﴾ المرتهن هو آخذ الرهن

﴿ المادة ٧٠٥ ﴾ العدل هو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه واودعاه الرهن

الباب الاول

في المسائل المتعلقة بعقد الرهن و ينقسم الى ثلاثة فصول

الفصل الاول

في المسائل المتعلقة بركن الرهن

﴿المادة ٧٠٦﴾ ينعقد الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمرتهن ولكنه لايتم ولا يلزم الا بالقبض فللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم

وذلك لان الرهن عقد تبرع لكون الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً والتبرع لا يتم الا بالقبض كما مر في المادة ٥٧٠ ولا يشترط لصحة الرجوع رضا المرتهن لانه لما كان الرهن غير تام كان الراهن ان ينفرد بالرجوع. ثم ان القبض يكون حقيقة او حكماً كالتخلية بين الرهن والمرتهن بدون حائل ولا مانع حتى اذا وجدت على هذا الوجه ولم ياخذ المرتهن الرهن فضاع كان ضامناً (طحطاوي). واما شروط صحة القبض فانواع: منها ان ياذن الراهن والاذن نوعان: نص وما يجري مجرى النص، ودلالة. اما الاول فان يقول اذنت له بالقبض او رضيت به او اقبض فيجوز القبض في المجلس وبعد الافتراق استحساناً، واما الدلالة فان يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح استحساناً، ومنها اهلية القبض وهي العقل واما بيان انواع القبض فهو نوعان نوع بطريق الاصالة ونوع بطريق النيابة اما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه واما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض اما الاول فيجوز قبض الاب والوصي عن الصبي و كذا قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن حتى لو هلك في يده كان الهلاك على المرتهن واما الذي يرجع الى نفس القبض فهوان المرهون اذا كان مقبوضاً عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما عن الاخر واذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى (هندية ملخصاً) راجع شرح المادة ٢٧٦

ثم اعلم انه اذا شهد الشهود على اقرار الراهن بقبض المرتهن ولم يشهدوا على معاينة القبض تقبل شهادتهم . ق ل في الحامدية عن جواهر الفتاوى رجل رهن داره والراهن متصرف فيها حتى مات ثم اختلف المرتهن وورثة الراهن انه كان مقبوضاً ام لا فبرهن المرتهن على اقرار الراهن بالرهن والتسليم يحكم بصحة الرهن ودعوى فساد الرهن لا تقبل بظاهر ما كان بيد الراهن لانه لما حكم عليه باقراره بالرهن حمل على ان يده كانت يد عارية اه . وفيها ان ادعى المرتهن الرهن مع القبض يقبل برهانه عليهما وان ادعى الرهن فقط لا يقبل لان مجرد العقد ليس بلازم اه

تنبيه : يجوز الرهن بالتعاطي (رد محتار)

﴿ المادة ٧٠٧ ﴾ الايجاب والقبول في الرهن هو قول الراهن رهنتك هذا الشيء بمقابلة ديني او لفظ آخر في هذا المعنى وقول المرتهن قبلت او رضيت او لفظ آخر يدل على الرضى ولا يشترط ايراد لفظ الرهن . مثلاً لو اشترى واحد شيئاً واعطى للبائع مالاً وقال له ابقِ هذا المال عندك الى ان اعطيك ثمن المبيع يكون قد رهن ذلك المال

لتلفظه بما يفيد الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني (مجمع الانهر) ولهذا قالوا بانه لو دفع المشتري الى البائع المبيع الذي اشتراه بعينه وقال له امسكه الى ان اعطيك ثمنه فان كان قد دفعه اليه بعد قبضه كان رهناً لانه حينئذٍ يصلح ان يكون رهناً بثمنه لتعين ملك المشتري فيه حتى لو هلك هلك عليه ولا ينفسخ العقد . اما لو دفعه اليه قبل القبض فلا يكون رهناً لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضموناً بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو هلك المبيع بهذه الصورة في يد البائع ينفسخ البيع ولا شي على المشتري (رد محتار وطحطاوي ملخصاً) راجع المادة ٢٩٣ والمراد بالضمانين المختلفين ان المبيع اذا قبضه المشتري ثبت فيه حكم الرهن فيضمن ضمانه اي بالاقل من قيمته ومن الدين انظر شرح المادة ٧٢٩ . اما قبل القبض فهو مضمون بالثمن المسمى ولو كان اكثر من القيمة بمعنى انه لو هلك في يد البائع انفسخ البيع وسلم الثمن للمشتري فيكون ما ضاع على البائع الثمن المسمى لا القيمة

الفصل الثاني

في شروط انعقاد الرهن

✵ المادة ٧٠٨ ✵ يشترط ان يكون الراهن والمرتهن عاقلين فلا ينعقد رهن المجنون والصبي غير المميز ولا ارتهانهما

ولكن لا يشترط ان يكونا بالغين حتى صح رهن الصبي المميز وارتهانه فينعقد موقوفاً على اجازة وليه . وان كان مأذوناً فينعقد نافذاً انظر المادة ٩٧٢

استطراد : رهن المريض صحيح، الا انه لا يؤثر في حق الغرما اذا مات وكانت تركته مستغرقة بالدين فلا يقدم المرتهن عليهم بل لهم ان يدخلوا المرهون في المحاصة لان الرهن عند احد الغرما ايثار له بالايفاء الحكمي ، وهو اي الايفاء الحكمي ملحق بالايفاء الحقيقي (بزازية) والحال ان الايفاء الحقيقي لا يملكه المريض كما سياتي في المادة ١٦٠٤

✵ المادة ٧٠٩ ✵ يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع فيلزم ان يكون وقت العقد موجوداً ومالاً متقوماً ومقدور التسليم

وحيث قد تقدم في المواد ٢٠٥ و٢٠٦ و٢١١ ان بيع المعدوم وغير المتقوم من المال وما هو غير مقدور التسليم باطل فرهنه ايضاً باطل لان المقصود من الرهن التمكن من استيفاء الدين منه وهذه الاشياء لا يمكن استيفاء الدين منها

✵ المادة ٧١٠ ✵ يشترط ان يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً فيجوز اخذ الرهن لاجل مال مغصوب

لان العين المغصوبة من الاعيان المضمونة بنفسها اي بحد ذاتها لانها ان كانت قائمة يجب تسليمها وان كانت هالكة يجب مثلها او قيمتها فكان الرهن بها رهناً بما هو مضمون بحد ذاته ويجوز ايضاً اخذ الرهن من المستاجر ببدل الاجارة فان هلك الرهن بعد استيفاء المنفعة يصير الموجر مستوفياً للاجر وان هلك قبل استيفاء المنفعة يبطل الرهن ويجب على المرتهن رد قيمة الرهن . ولو استاجر خياطاً ليخيط له ثوباً واخذ

من الخياط رهناً بالخياطة جز وان اخذ الرهن بخياطة هذا الخياط بنفسه لا يجوز (هندية)

ولا يصح اخذ الرهن لاجل مال الامانة

كالعارية والوديعة ومال الشركة والمضاربة (مجمع الانهر) لانها غير مضمونة اصلاً اذ ان الضمان عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثلياً او قيمته ان كان قيمياً فالامانة ان هلكت فلا شي في مقابلتها وان استهلكت لا تبقى امانة بل تكون مغصوبة (حموي). ولكن لو استعار شيئاً له حمل ومؤنة فاخذ المعير من المستعير رهناً برد العارية جاز وان اخذ منه رهناً برد العارية بنفسه لا يجوز (خانية) وكما لا يصح الرهن بالاعيان غير المضمونة اصلاً كالامانات لا يصح ايضاً بالاعيان المضمونة بغيرها اي بغير مثل او قيمة كالمبيع في يد البائع (تنوير) فلو اشترى عيناً ولم يقبضها ثم اخذ بها رهناً من البائع فالرهن باطل لانه لا يجب على البائع بهلاك المبيع شي يستوفي من الرهن لان المبيع مضمون بالثمن فاذا هلك سقط الثمن عن المشتري وهو غير المثل والقيمة وبهذا الاعتبار سموا المبيع بالعين المضمونة بغيرها (درر) فتحصل مما ذكرناه ان الاعيان ثلاثة اقسام الاول عين مضمونة بنفسها اي بحد ذاتها كالمغصوب وهذه يصح الرهن بها لكونها مضمونة بالمثل او القيمة والثاني عين غير مضمونة اصلاً وهي الامانات كالوديعة والعارية والثالث عين مضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع وهذان القسمان لا يصح الرهن بهما لما قدمنا بل يكون الرهن باطلاً

ويشترط لانعقاد الرهن ان لا يكون مضافاً الى وقت (هندية) فالرهن بالدرك باطل بخلاف الكفالة به فانها جائزة كما تقدم. والفرق بينهما ان الرهن شرع للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان ضمان الدرك هو الضمان عند استحقاق المبيع فلا يصح مضافاً الى حال وجوب الدين لان الاستيفاء معارضة واضافة التمليك الى المستقبل لا تجوز اما الكفالة فهي لالتزام المطالبة لا لالتزام اصل الدين ولذا لو كفل بما يذوب له على فلان يجوز ولو رهن به لا يجوز (رد محتار) و بطل ايضاً الرهن بكفالة النفس و بالشفعة (ملتقى) مثال الاول ما اذا كفل رجل بنفس اخر على انه ان لم يواف به بعد شهر فعليه الالف الذي عليه ثم اعطاه المكفول عنه رهناً بالمال الى شهر فهو باطل لانه لم يجب المال على المكفول عنه بعد. وكذا لو قال ما بايعت فلاناً فثمنه علي ثم

اعطاه به رهناً قبل المبايعة لا يجوز (خانية) . ومثل الثاني ما لو حكم على المشتري بتسليم المبيع للشفيع بحق شفعته فاعطى المشتري للشفيع رهناً بالمبيع فهو باطل لان المبيع غير مضمون عليه (درر)

ثم انه اذا بطل الرهن في هذه الصور فللراهن اخذه من المرتهن اي وقت شاء حتى لو طلبه منه فامسكه المرتهن ثم هلك الرهن عنده ضمنه اما لو هلك عنده قبل الطلب فلا ضمان عليه ويهلك الرهن مجاناً (جامع الفصولين) اذ لا حكم للعقد الباطل فبقي قبض المرتهن باذن المالك وهو لا يوجب الضمان الا بالتعدي (در مختار) وصح الرهن بالدين ولو موعوداً كما لو رهنه شيئاً ليقرضه الفاً فاذا هلك الرهن في يد المرتهن كان مضموناً عليه بما وعد من الدين ان كان الدين مساوياً للقيمة او اقل اما اذا كان اكثر فهو مضمون بالقيمة هذا اذا سمى قدر الدين فان لم يسمه بان رهنه على ان يعطيه شيئاً فهلك في يده لا يضمن عَلَى الاصح (تنوير وشرحه للعلائي)

تتمة : لقد تبينت في هذا الفصل شروط انعقاد الرهن ولم تتبين فيه ولا في غيره شروط الصحة واللزوم فاردنا تلخيصها عن الكتب المشهورة تعميماً للفائدة فنقول

يشترط لصحة الرهن ان لا يكون معلقاً بشرط (هندية) ولا مؤجلاً الى وقت فالتاجيل اي تاجيل الرهن لا تاجيل الدين يفسده (در مختار) لان حكمه الحبس الدائم والتاجيل ينافيه ولكن اذا هلك الرهن يهلك مضموناً ضمان الرهن لان الفاسد منه كالصحيح بخلاف الباطل (طحطاوي) . ويشترط ايضاً ان يكون الرهن محوزاً مفرغاً مميزاً فلا يصح رهن ما كان متفرقاً كالثمر على الشجر وكالزرع على الارض اي بدون الشجر والارض (تنوير) لان الثمر والزرع لم يحازا في يد المرتهن بمعنى ان يده لم تحوهما وتجمعهما اذ لا يمكن حيازة ثمر بدون شجر ولا زرع بدون ارض (طحطاوي) كما لا يصح رهن ما كان مشغولاً بحق الراهن كشجر بدون الثمر (در مختار) بخلاف ما كان مشغولاً بملك غير الراهن فانه لا يمنع صحة الرهن فيجوز رهن بيت مشغول بمتاع غيره (رد محتار) اما الشاغل فرهنه جائز اذا لم يكن متصلاً بالمشغول فلا يصح رهن البنا وحده لاتصاله بالارض كما لا يجوز رهن الثمر والزرع بدون الشجر والارض والاصل ان المرهون متى اتصل بغيره خلقة كالثمر بالشجر او تبعاً كالبنا بالارض لا يصح رهنه لامتناع قبض المرهون وحده (درر) ولهذا قال في الهداية لو رهن سرجاً على دابة او لجاماً في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام لا يكون رهناً حتى

ينزعه منها ثم يسلمه الى المرتهن لانه من توابع الدابة . ولكن لو رهن الشجر بمواضعها او الدار بما فيها جاز (ملتقى) لان اتصال الشجر ومواضعها القائمة فيها بباقي الارض اتصال مجاورة لا اتصال تبعية كالبنا ومسرج الدابة ولا اتصال خلقة كالثمر (رد محتار) وفي الهندية رهن داراً والحيطان مشتركة بينه و بين الجيران صح في العرصة والسقف والحيطان الخاصة ولا يضر اتصال السقف بالحيطان المشتركة لكونه تبعاً اه

وخرج بقولنا مميزاً رهن المشاع فانه فاسد مطلقاً اي سواء كان مقارناً كرهن نصف بيت او طارئاً كأن يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض او يستحق البعض او ياذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وسواء كان الرهن قابلاً القسمة او لا من شريكه او من غيره لان الشريك يمسكه يوماً رهناً و يوماً يستخدمه فيصير كانه رهنه يوماً دون يوم (رد محتار) غير انه يستثنى من ذلك ما ثبت فيه الشيوع ضرورة كما لو جاء الراهن بثوبين وقال للمرتهن خذ احدهما رهناً والاخر بضاعة عندك فان نصف كل منهما يصير رهناً بالدين لان احدهما ليس باولى من الاخر فيشيع الرهن فيهما بالضرورة فلا يضر (در مختار) ولكن في التنوير لو دفع ثوبين وقال خذ ايهما شئت رهناً بكذا فاخذهما لم يكن واحد منهما رهناً قبل ان يختار احدهما اه . وعليه لو هلك الثوبان في يد المرتهن قبل ان يختار احدهما رهناً فلا يذهب شيء من الدين . وانظر وجه الفرق بين المسألتين ولعله انه في الاولى جعل احد الثوبين رهناً في الحل بلا خيار ولكنه ابهمه وليس احدهما باولى من الآخر فصار نصف كل منهما رهناً، واما في الثانية فقد جعل الرهن ما تقع عليه مشيئة المرتهن فاذا اختار احد الثوبين فقد تعين وقبل ذلك لم يصر احدهما رهناً فيبقى كل منهما عنده امانة والتفرقة بين المسألتين قول محمد واما عند ابي يوسف فلا فرق بينهما والرهن في الصورتين باطل عنده (رد محتار ملخصاً) وفي الدر المختار استحق بعض الرهن ان شائعاً يبطل الرهن فيما بقي وان مفروزاً بقي فيما بقي ويحبس بكل الدين لكن هلاكه بحصته اه، اي وان كان في قيمته وفاء بجميع الدين كما في الخانية، مثاله لو رهن فرسين بالف وقيمة كل منهما بالف فاستحق احدهما بقي الآخر رهناً بالالف كله اما لو هلك فيسقط نصف الالف فقط و يرجع المرتهن بالباقي

ثم في كل موضع كان الرهن مالاً والمقابل به مضموناً الا انه فقد بعض شرائط الجواز كرهن المشاع والمشغول ينعقد الرهن فاسداً لوجود شروط الانعقاد

وانعدام شروط الصحة . وفي كل موضع لم يكن الرهن مالاً ولم يكن المقابل به مضموناً
لا ينعقد الرهن اصلاً وحينئذ فاذا هلك في يد المرتهن هلك مجاناً لان الباطل لا
حكم له بخلاف الفاسد فانه مضمون بالقبض ان هلك في يد المرتهن يهلك بقيمته (تنوير)
وفيه كل حكم عرف في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد اه، اي في حال الحياة
والممات فلو نقض الراهن العقد بحكم الفساد واراد استرداد المرهون كان للمرتهن حبس
الرهن حتى يؤدي اليه الراهن ما قبض واذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة فالمرتهن
اولى من سائر الغرماء . وهذا كله اذا كان الرهن الفاسد سابقاً على الدين فلو كان متأخراً
عنه لم يكن للمرتهن حبس الرهن لانه ما استفاد تلك اليد بمقابلة هذا المال ويكون
بعد الموت اسوة للغرماء لانه ليس له على المحل يد مستحقة بخلاف الرهن الصحيح
تقدم او تأخر (رد محتار)

الفصل الثالث

في زوائد الرهن المتصلة وفي تبديل الرهن
وزيادته بعد عقد الرهن

﴿ المادة ٧١١ ﴾ كما ان المشتملات الداخلة في البـ
تدخل في الرهن ايضاً ، كذلك لو رهنت عرصة تدخل في الر
واثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها وان لم تذكر صراحة

والمقصود انه يدخل في الرهن ليس فقط ما كان متصلاً بالمرهون اتصال قرار
كالبنا والشجر بل ما كان ايضاً متصلاً به للقطع كالزرع والثمر ولو لم يذكر صريحاً
ويدخل فيه ايضاً الشرب والطريق بدون ذكر صريح و بدون ذكر الحقوق والمرافق
بخلاف البيع فانهما لا يدخلان فيه الا بالتنصيص او بكل حق ونحوه والفرق ان
الرهن لا يصح بدون ذلك فيدخل الكل تصحيحاً له (خانية) اي لانه لو لم يدخل
الزرع والثمر في الرهن لزم ان تكون الارض مشغولة بملك الراهن ورهن المشغول
بدون الشاغل لا يجوز (خامدية) . وهذا اي دخول الثمر والزرع في الرهن بدون

ذكر اذا لم يشترط عدم دخولهما اذ في هذه الصورة لا يدخلان في الرهن ويفسد العقد لانشغال المرهون بغيره

﴿ المادة ٧١٢ ﴾ يجوز تبديل الرهن برهن اخر . مثلاً لو رهن واحد ساعة بدينه البالغ كذا ثم اتى بسيف وقال خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة واخذ السيف كان السيف مرهوناً بمقابلة ذلك المبلغ

قولهم ورد المرتهن الساعة قيد احترازي لانه اذا لم يردها تبقى هي رهناً ولو كان المرتهن قد قبض الرهن الثاني اي السيف. قال في التنوير وان رهن عبداً فدفع عبداً آخر رهناً مكان الاول فالاول رهن حتى يرده المرتهن الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعل مكان الاول اهـ. اي فان جعل مكان الاول صار رهناً مضموناً لان الاول انما دخل في ضمان المرتهن بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقياً واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه (رد محتار) ولكن يشترط تجديد قبض الثاني لان يد المرتهن عليه يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة (درر) وذكر في رد المحتار ان الاول هو المختار عند قاضيخان

﴿ المادة ٧١٣ ﴾ يجوز ان يزيد الراهن في المرهون بعد العقد يعني انه يصح زيادة مال على شيء كان قد رهن ليكون رهناً معه اذا كان العقد باقياً وهذا الزائد يلحق باصل العقد فكأن العقد قد ورد على الاصل والزيادة معاً ومجموع هذين المالين يكون مرهوناً بالدين القائم حين الزيادة

مثاله لو رهن ثوباً يساوي عشرة دراهم بعشرة ثم زاد الراهن ثوباً آخر قيمته خمسة ليكون مع الاصل رهناً بالعشرة صح ويكون الثوبان رهناً بالدين لا يستطيع الراهن استردادهما الا بعد اداء الدين كله انظر المادة ٧٣١ ولو هلك احدهما في يد المرتهن فلا يسقط الدين كلهُ بهلاكه ولو كانت قيمته اكثر من الدين بل

يقسم الدين على قيمة الهالك وقيمة الباقي فما اصاب الهالك يسقط وما اصاب الباقي يبقى كما سنحققه في شرح المادة ٧٢٩ وتعتبر قيمة الزيادة يوم قبضها كما تعتبر قيمة الاصل يوم قبضه (رد محتار)

﴿ المادة ٧١٤ ﴾ اذا رهن مال في مقابلة دين تصح زيادة الدين في مقابلة ذلك الرهن ايضاً · مثلاً لو رهن واحد بالف قرش ساعة ثمنها الفان ثم اخذ ايضاً في مقابلة ذلك الرهن من الدائن خمسمائة صار كانه رهن الساعة بالف وخمسمائة

فلو ادى الراهن الف قرش لا يمكنهُ استرداد الرهن حتى يؤدي الباقي وهو خمسمائة لان الساعة اضحت مرهونة باصل الدين والزيادة وان هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بالاصل والزيادة (هندية)

فرع : رهن ثوبين بالف ثم قال الراهن احتجت الى احدهما فرده عليَّ ففعل فان الباقي رهن بنصف الالف فلو هلك يهلك من الدين نصفه ولكن لا يفتكه الا بجميع الالف (رد محتار)

﴿ المادة ٧١٥ ﴾ الزائد الذي يتولد من المرهون

كولد الدابة والثمر واللبن والصوف والوبر والارش يكون للراهن لتولده من ملكه (در مختار) غير انه

يكون مرهوناً مع الاصل

تبعاً له بخلاف ما هو بدل عن المنفعة كالاجرة فانها لا تكون رهناً والاصل ان كل ما يتولد من عين الرهن كالصوف والثمر او يكون بدلاً عن جزء من اجزاء عين الرهن كالارش يسري اليه حكم الرهن وما لا فلا (هندية) · واذا هلك النماء المتولد من الرهن هلك مجاناً سواء هلك بعد هلاك الاصل او بعده لانه لم يدخل تحت العقد مقصوداً (در منتقى) واذا بقي بعد هلاك الاصل يفتكه الراهن بحصته من الدين لانه صار مقصوداً بالفكاك والتبع يقابله شيء اذا كان مقصوداً (در مختار) وحينئذٍ يقسم الدين على قيمته يوم الفكاك لانه انما صار مضموناً بالفكاك اذ لو هلك قبله هلك مجاناً وعلى قيمة الاصل يوم القبض لانه مضمون بالقبض فيسقط من الدين

حصة الاصل لهلاكه في يد المرتهن ويفك النماء بحصته (ملتقى) كما لو كان الدين عشرة وقيمة الاصل يوم القبض عشرة وقيمة النماء يوم الفك خمسة فثلثا العشرة حصة الاصل فيسقط وثلث العشرة حصة النماء فيفك به (در مختار) ٠ وسيأتي تمام ذلك في شرح المادة ٧٥٠

الباب الثاني

في مسائل تتعلق بالراهن والمرتهن

﴿ المادة ٧١٦ ﴾ المرتهن له ان يفسخ الرهن وحده

لان حبس الرهن حقه فيسعه اسقاطه ولكن لو هلك الرهن بعد الفسخ في يد المرتهن يهلك بالدين (درر) انظر شرح المادتين ٧١٢ و ٧١٨

﴿ المادة ٧١٧ ﴾ ليس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضى المرتهن

هذا اذا اضحى الرهن لازماً بالقبض اما قبله فللراهن فسخه بدون رضا المرتهن لعدم لزوم العقد كما مر في المادة ٧٠٦

﴿ المادة ٧١٨ ﴾ للراهن والمرتهن فسخ الرهن باتفاقهما لكن للمرتهن حبس الرهن وامساكه الى ان يستوفي ماله في ذمة الراهن بعد الفسخ

ولو هلك الرهن بعد الفسخ في يد المرتهن فانه يهلك بالدين لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ بل لا بد معه من رده على الراهن فيبقى رهناً مضموناً ما بقي القبض والدين معاً فاذا فات احدهما بان رد الرهن على الراهن او ابرأه المرتهن من الدين لم يبق رهناً فيسقط الضمان (درر) لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بانعدام احدهما غير انه يرد على ذلك ما لو هلك الرهن قبل رده على الراهن و بعد قضاء الدين فانه يضمن ويسترد الراهن ما قضاه (رد محتار) وسيأتي تمام ذلك في شرح المادة ٧٢٩

﴿ المادة ٧١٩ ﴾ يجوز ان يعطي المكفول عنه رهناً لكفيله

بالدين الذي كفله به سواء كان بعد تادية الكفيل للطالب او قبله ٠ اما الاول

فلأن الكفيل ملك الدين بالاداء واما الثاني فلأنه ملكه بالاقتضاء لان الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الاصيل لكن دين الطالب حالّ ودين الكفيل موجل الى وقت الاداء ولذا لو ابرأ الكفيل الاصيل او وهب منه الدين صح فلا يرجع عليه بادائه (رد محتار) . ولكن لو اعطى المكفول عنه رهناً لكفيله ثم قضى هو دين الطالب انفسخ الرهن لسقوط الدين بالاداء اما لو هلك الرهن في يد الكفيل فانه يصير مستوفياً لما وجب له على المكفول عنه حكماً بهلاك الرهن و يكون الجواب فيه كالجواب فيما استوفاه حقيقة(هندية) وفيها لو اخذ الكفيل بالدرك رهناً فالرهن باطل ولا ضمان اهـ . ثم ان ما جاء في هذه المادة من جواز رهن المكفول عنه محله فيما لو كانت الكفالة بامره لانه اذا كانت بغير امره فلا توجب للكفيل عليه شيء فيكون الرهن بدين معدوم

﴿ المادة ٧٢٠ ﴾ يجوز ان ياخذ الدائنان من المديون رهناً ان كانا مشتركين في الدين او لا

وسواء كان الدين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الاخر دنانير (طحطاوي) غير انه يشترط لصحة الرهن في هذه الصورة عدم التفصيل كأن يقول رهنت النصف من هذا والنصف من ذاك لانه حينئذ ينعقد فاسداً ان قبلا لكونه من صور رهن المشاع (خانية)

وهذا الرهن يكون مرهوناً بمجموع الدينين

اي يكون كله رهناً عند كل من الدائنين لا ان نصفه رهن لاحدهما ونصفه رهن للآخر لان الرهن اضيف الى جميع العين بصفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه الحبس بالدين وهو لا يتجزأ فصار محبوساً عند كل منهما ولا تنافي فيه وهذا بخلاف الهبة من رجلين لان المقصود منها ايجاب الملك والعين الواحدة لا يتصور كونها كلها ملكاً لكل واحد منهما فلا بد من الانقسام وهو ينافي المقصود (درر)

ثم انه اذا كان المرهون على هذه الصورة عند رجلين مما يتجزأ فعلى كل منهما حبس النصف فلو دفع الرهن كله لشريكه ضمن الدافع ضمان الغصب عند الامام خلافاً لهما (در منتقى) كما لو اودع احد عند رجلين شيئاً يقبل القسمة فدفع احدهما كله للآخر فان الدافع يضمن عنده نصف ذلك الشيء خلافاً لهما (طحطاوي) وقد

رجحت المجلة قوله في المادة ٧٨٣ فينبغي العمل بقوله هنا ايضاً لتشابه مسألة الوديعة ومسألة الرهن . ولو كان الرهن مما لا يتجزأ فان تهايأا في حفظه فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر ولو هلك الرهن ضمن كل من الدائنين حصة دينه (تنوير) اذ عند الهلاك يصير كل منهما مستوفياً حصته لكون الاستيفاء يقبل التجزؤ ولو هلك بعض الرهن فالحكم فيه كذلك (درر) صورته ان يكون لاحدهما عشرة عَلَى الراهن وللآخر خمسة عليه والرهن ثلاثون درهماً فهلك عشرون من الرهن فتبقى العشرة في يدهما اثلاثاً ويسقط من دين صاحب العشرة ثلثاه ومن دين صاحب الخمسة ثلثاه لان الهالك من الرهن ثلثاه فيبقى عَلَى الراهن لصاحب العشرة ثلث العشرة وهي ثلاثة وثلث ولصاحب الخمسة ثلث الخمسة وهو درهم وثلثا درهم (طحطاوي)

تنبيه : لو قضى الراهن دين احد الدائنين ثم هلك الرهن في يد الدائن الآخر فللراهن ان يسترد ما قضاه الى الاول من الدين لان ارتهان كل منهما باقٍ ما لم يصل الرهن الى الراهن ولا يستطيع المرتهن الاول الذي قبض دينه ان يدفع عن نفسه بكون الرهن هلك في يد صاحبه لما مر من ان كلاً منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر (رد محتار)

﴿ المادة ٧٢١ ﴾ يجوز لواحد ان ياخذ رهناً واحداً بدينه الذي على اثنين وهذا ايضاً يكون مرهوناً بمجموع الدينين

ولا فرق فيما اذا كان الدين متوجباً بصفقة واحدة او كان على كل واحد منهما دين على حدة الا انه يجب ان يكون الرهن صفقة واحدة والمقصود توحد العقد لا توحد المرهون لانه يجوز ان يكون المرهون شيئين او ثلاثة اشياء ولا يجوز تفريق العقد بان يرهن كل من المديونين حصته من المرهون للشيوع اما لو توحد العقد فلا شيوع لان رهن الاثنين من الواحد صفقة واحدة يحصل به القبض من غير اشاعة فصار كرهن الواحد من الواحد (رد محتار) وفي حالة تفرق العقد يكون الرهن باطلاً والمرهون امانة في يد المرتهن اذا قبضه فيضمنه اذا هلك في الاحوال التي تضمن بها الامانة

تتمة : لو ادعى كل من اثنين ان هذا الرجل رهن هذا الشيء منه وقبضه وبرهن كل منهما على ما ادعاه بطل برهانهما لاستحالة كون كله رهناً لهذا وكله رهناً لذاك

في آن واحد ولا يمكن القضا بكله لاحدهما بعينه لعدم الاولوية ولا يمكن تنصيفه للزوم الشيوع ولا يمكن ان يجعل كانهما ارتهناه معًا حين جهالة التاريخ لان كلاً منهما ادعى واثبت ببينته رهن الكل فيكون القضا بخلاف الدعوى فتهاترت البينتان لتعذر العمل بهما وحينئذٍ يهلك الرهن امانة اذ الباطل لا حكم له وهذا كله اذا لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما سواء . اما لو ارخا فيكون صاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت العقد في وقت لا ينازعه فيه صاحبه . وكذا لو ارخ احدهما فقط لظهور العقد في حقه من وقت التاريخ وفي حق الآخر للحال . وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما اي فيكون ذو اليد ايضاً احق من الآخر سواء ارخ الآخر او لم يؤرخ لان تمكنه من القبض دليل على سبق عقده فهو اولى . وهذا كله مفروض فيما اذا كانت الدعوى في حياة الراهن ، اما لو كانت بعد مماته وكان الرهن في ايدي المتنازعين او لم يكن فبرهن كل كما تقدم ولم يؤرخا او ارخا على السواء كان نصف ذلك الشيء المدعى به رهناً في يد كل منهما بحقه استحساناً لان حكم الرهن في الحياة الحبس والشيوع يضره وحكمه بعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره اما لو كان الرهن في يد احدهما فهو اولى لما تقدم وكذا لو ارخا واحدهما اسبق امالو ارخ احدهما فقط فان كان الآخر ذا يد وحده قضي له والا فللمؤرخ اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

الباب الثالث

في المسائل التي تتعلق بالمرهون و ينقسم الى فصلين

الفصل الاول

في مؤنة المرهون ومصارفه

﴿ المادة ٧٢٢ ﴾ على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه او بمن هو امينه كعياله وشريكه وخادمه

اعلم ان المعتبر في كون الشخص عيالاً للمرتهن ان يساكنه سواء كان في نفقته او لا كالزوجة والولد والخادم الذين في عياله والزوج والاجير الخاص مشاهرةً او مسانهة

لا مياومة ويجري مجرى العيال شريك المفاوضة والعنان ولا يشترط في الزوجة والولد كونهما في عياله (رد محتار) لان العبرة بالمساكنة لا بالنفقة حتى ان الزوجة لو دفعت الرهن الى الزوج لا تضمن ان هلك مع ان الزوج ليس في نفقتها (مجمع الانهر) اما الولد الصغير فيشترط فيه ان يكون قادراً على الحفظ (هندية) انظر شرح المادة ٧٨٠ . وان حفظ المرتهن الرهن بغير من ذكر ضمن قيمته بالغة ما بلغت كما يضمنها بايداعه الرهن من اخر او اجارته واعارته وتعديه كاللبس والركوب والسكنى بلا اذن وكذا يضمن كل القيمة لو جعل خاتم الرهن في خنصره اليسرى او اليمنى لا بجعله في اصبع اخرى الا اذا كان المرتهن امرأة فتضمن لان النساء يلبسن كذلك فيكون استعمالاً لا حفظاً وفي لبس خاتم الرهن فوق اخر يرجع الى العادة فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظاً فلا يضمن (تنوير وشرحه للعلائي) وكذا لو ارتهن خاتمين فلبس خاتماً فوق اخر فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظاً فلا يضمن ويؤخذ من هذا ان المعتبر عادة المرتهن وان خالفت عادة غيره (رد محتار) وفيه ان الاصل في هذا ان المرتهن ماذون بالحفظ دون الاستعمال فجعل الخاتم في الخنصر استعمال موجب الضمان وفي غيرها حفظ لا لبس لانه لا يقصد في العادة فلا يضمن . ثم المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظاً لا استعمالاً انه لا يضمن ضمان الغصب لا انه لا يضمن اصلاً لانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين اه ملخصاً . قلت وما مر من جعل الخاتم في غير الخنصر حفظاً لا استعمالاً مبني على عرفهم اما في عصرنا فقد جرت العادة بلبس الخواتم في كل من الاصابع فينبغي تحكيم العادة في ذلك قياساً على مسالة لبس خاتم الرهن فوق اخر راجع المادة ٣٦

تنبيه : لو خالف المرتهن ثم عاد الى الوفاق برئ من ضمان الغصب ولو ادعى الوفاق وكذبه راهنه صدق الراهن لان المرتهن اقر بسبب الضمان (جامع الفصولين) ولو مات المرتهن مجهلاً ضمن (خيرية)

ثم انه اذا هلك الرهن بتعدي المرتهن كما لو اودعه او اعاره وقضي عليه بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصاً بمجرد القضا بالقيمة اذا كان الدين حالاً وطالب كل واحد منهما صاحبه بالفضل وان كان الدين مؤجلاً يضمن المرتهن قيمة الرهن وتكون رهناً عنده فاذا حل الاجل اخذه بدينه وان قضي بالقيمة من خلاف جنس الدين

كأن كان الدين دنانير والقيمة دراهم كانت القيمة رهناً عند المرتهن الى قضا دينه لانها بدل الرهن فاخذت حكمه (مجمع الانهر)

﴿ المادة ٧٢٣ ﴾ المصاريف التي تلزم لمحافظة الرهن كاجرة المحل والحارس على المرتهن

ولو شرطت على الراهن فالشرط باطل (رد محتار)٠ ويراد بالمحل محل حفظ الرهن كمأوى الغنم والاصطبل لو كان الرهن حيواناً فاجرة ذلك واجبة على المرتهن ولو كان في قيمة الرهن فضل عن الدين لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له (مجمع الانهر)

﴿ المادة ٧٢٤ ﴾ الرهن ان كان حيواناً فعلفه واجرة راعيه على الراهن وان كان عقاراً فاصلاحه وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقه وسائر مصاريفه اللازمة لاصلاح منافعه وبقائه عائدة على الراهن ايضاً

وكذا كري النهر والخراج والعشر والاصل فيه ان كلما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فعلى الراهن لانه ملكه وكل ما كان لحفظه فعلى المرتهن لان حبسه له (در مختار) واذا شرط على احدهما ما يجب على الاخر شرعاً فالشرط باطل (درر) ومؤنة رد الرهن الى يد المرتهن او رد جزء منه كمداواة عضو جريح او عين ابيضت ونحو ذلك كمعالجة الامراض والقروح على المرتهن ان كانت قيمة الرهن مثل الدين لان المرتهن محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين فتنقسم مؤنة الرد على المضمون والامانة فالمضمون على المرتهن والامانة على الراهن (تنوير)٠ مثال ذلك لو رهن فرساً قيمته ثلاثة الاف بالف فند من بيت المرتهن وضاع ثم وجده واحتاج ان ينفق على ارجاعه مائة مثلاً فعليه ثلث المائة لان المضمون عليه ثلث قيمة الرهن وعلى المرتهن الثلثان لان الامانة ثلثا القيمة

﴿ المادة ٧٢٥ ﴾ كل من الراهن والمرتهن اذا انفق على الرهن ما ليس عليه بدون اذن الآخر يكون متبرعاً وليس له ان يطالب الآخر بما انفق

لانه غير مضطر فيه اذ يمكنه رفع الامر الى القاضي (رد محتار) . ولو ابى احدهما ان ينفق على الرهن ما وجب عليه شرعاً فرفع الاخر الامر الى القاضي وامره القاضي ان ينفق ما وجب على صاحبه الآبي وجعله ديناً عليه فحينئذٍ يرجع عليه بما انفق سواء كان الآبي حاضراً او غائباً و بمجرد امر القاضي بلا تصريح بجعله ديناً عليه لا يرجع (در منتقى) لان هذا الامر ليس للالزام بل للنظر وهو متردد بين الامر حسبةً او ليكون ديناً والادنى اولى ما لم ينص عَلَى الاعلى (طحطاوي) وان كان في بلدة لا قاضٍ فيها فلا يعد متبرعاً (رد محتار) ثم اذا انفق المرتهن بامر القاضي فهل له ان يحبس الرهن حتى يستوفي ما انفقه قال الامام الاعظم نعم وقال محمد لا (بزازية) .

الفصل الثاني

في الرهن المستعار

☆ المادة ٧٢٦ ☆ يجوز ان يستعير واحد مال آخر و يرهنه باذنه و يقال لهذا الرهن المستعار

وعلة الجواز ان المالك رضي بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة ولان الرهن للاستيفاء وللمالك ان ياذن للمستعير في ايفاء دينه من ماله (طحطاوي)

☆ المادة ٧٢٧ ☆ ان كان اذن صاحب المال مطلقاً فللمستعير ان يرهنه باي وجه شاء

اي باي جنس وقدر كان وعند اي مرتهن وفي اي بلد شاء لان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة اذ ان مبناها على المسامحة (رد محتار)

☆ المادة ٧٢٨ ☆ اذا كان اذن صاحب المال مقيداً بان يرهنه بمقابلة كذا دراهم او بمقابلة مال جنسه كذا او عند فلان او في البلدة الفلانية

صح التقييد وحينئذ ليس للمستعير ان يرهنه بازيد من ذلك او انقص اما الزيادة فلانه ربما يحتاج المعير الى فكاك الرهن فيؤدي قدر الدين وما رضي باداء القدر الزائد ولانه ربما يتعسر عليه ذلك فيتضرر به واما النقصان فلان الزائد من قيمة الرهن على الدين يكون امانة وما رضي المعير الا ان يكون مضموناً كله فكان التعيين مفيداً وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالنسبة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ (رد محتار) وبناء عليه

ليس للمستعير ان يرهنه الا على وفق قيده وشرطه .

فان خالف ما قيد به المعير فللمعير ان ياخذ الرهن من المرتهن ويفسخ العقد (رد محتار) وان هلك الرهن في يد المرتهن فللمعير ان يضمن المستعير او المرتهن قيمته لتعدي كل منهما ، فان ضمن المستعير تم عقد الرهن (تنوير) لان المستعير ملك المرهون بالضمان فتبين انه رهن ملك نفسه (طحطاوي) وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمنه وبدينه على الراهن (ملتقى) اما رجوعه بما ضمن فلانه مغرور من جهة الراهن واما رجوعه بالدين فلان قبضه انتقض فعاد حقه كما كان (مجمع الانهر) ثم اعلم ان المعير لا يضمن المستعير قيمة المرهون كلها الا اذا كانت مثل الدين او اقل منه فلو اكثر فلا يضمنه الا بقدر الدين والزائد يهلك امانة (رد محتار) واذا اختلف المستعير مع المعير في التقييد والاطلاق فالقول للمعير بيمينه لان القول له في اصل الاعارة فكذا في صفتها (حامدية)

وان وافق المستعير تقييد المعير وشرطه وهلك الرهن عند المرتهن فلا يضمن المستعير قيمته لانه قد وافق فليس بمتعد بل يصير المرتهن مستوفياً لدينه ان كانت قيمة الرهن مثل الدين او اكثر وان كانت اقل صار مستوفياً لقدره ويرجع بالفضل على الراهن (ملتقى) ووجب للمعير على المستعير مثل الرهن ان مثلياً وقيمته ان قيمياً لانه قضى دينه به وهذا ان كان الرهن كله مضموناً بان كان مثل الدين او اقل وان لم يكن كله مضموناً بان كان اكثر من الدين فيضمن المستعير قدر المضمون والباقي امانة وان تعيب الرهن فيذهب من الدين بحسابه ويجب للمعير على المستعير مثل ما ذهب من الدين بالعيب اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

تتمة : لو استعار احد شيئاً ليرهنه بدينه فهلك الرهن المستعار مع المستعير قبل

رهنه او بعد فكه لم يضمن المستعير وان استعمل الرهن بان كان دابة فركبها او ثوباً فلبسه قبل الرهن لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن (مجمع الانهر) ولا ينافي ذلك ما سياتي في شرح المادة ٨١٤ من ان المستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان لان ذلك في المستعير لشيء ينتفع به والكلام هنا في مستعير شيء ليرهنه وهو بمنزلة المودع لا المستعير والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق (رد محتار) ولو اختلفا في زمن الهلاك فقال المعير هلك عند المرتهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد الفكاك فالقول للمستعير بيمينه (ملتقى) لانه ينكر الايفاء بمال المعير والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان ولو اختلفا في قدر ما امره بالرهن به بان قال المعير امرتك ان ترهنه بخمسة وقال المستعير بعشرة فالقول للمعير لانه لو انكر الامر اصلاً كان القول له فكذا اذا انكر وصفاً فيه والبينة للمستعير لانه المثبت (رد محتار)

الباب الرابع

في احكام الرهن و ينقسم الى اربعة فصول

الفصل الاول

في احكام الرهن العمومية

✻ المادة ٧٢٩ ✻ حكم الرهن هو ان يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه

حتى لو اقر الراهن بالمرهون لغيره لا يكون له بمجرد هذا الاقرار نزع الرهن من يد المرتهن (در مختار) راجع المادة ٧٨ وكذا لو اراد الراهن بيع الرهن ليقضي دين المرتهن فليس له ذلك بدون رضا المرتهن (خانية)

وان يكون احق من سائر الغرما باستيفاء الدين من الرهن اذا توفي الراهن

وحكم الرهن ايضاً سواء كان صحيحاً او فاسداً انه اذا هلك في يد المرتهن او في يد العدل او سرق فهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين (من هنا بيانية لا تفضيلية) والمراد انه مضمون بما هو اقل فان كان الدين اقل من القيمة فهو مضمون بالدين وان كانت القيمة اقل من الدين فهو مضمون بالقيمة وان اشترط العاقدان عدم الضمان فالرهن جائز والشرط باطل فان هلك الرهن ذهب بالمال (خانية) والمعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك فان هلك وساوت قيمته الدين صار المرتهن مستوفياً دينه حكماً او زادت كان الفضل امانة فلا يضمن الا بالتعدي او نقصت سقط بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية (ملتقى) وبيان ذلك انه اذا رهن ثوباً قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن او عند العدل سقط الدين كله ولو قيمته خمسة عشر سقط الدين ايضاً والزيادة امانة ولو قيمته خمسة سقط من الدين خمسة ورجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى ولو كان الهلاك بعد قضاء الدين فيسترد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك ان المرتهن صار مستوفياً من وقت القبض السابق (رد محتار) اما لو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحساناً لسقوط الدين الا اذا منعه من صاحبه فيصير غاصباً بالمنع (در منتقى) ولو تصادقا على انه لم يكن للمرتهن على الراهن دين ثم هلك الرهن يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل فضمان الرهن لا يبقى بدون الدين بخلاف ما اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن حيث يبقى ضمان الرهن لان الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهراً يكفي لضمانه فصار المرتهن مستوفياً (مجمع الانهر) وفي الخانية لو رهن المديون شيئاً بدينه وبه كفيل فادى الكفيل الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن فان الكفيل يرجع على الاصيل لا على المرتهن ويرجع الاصيل على المرتهن بدينه اه

ولو هلك بعض الرهن فلا يسقط الدين كله ولو كانت قيمة الهالك اكثر من الدين بل يقسم الدين على الهالك والموجود فما اصاب الهالك يسقط وما اصاب الموجود يبقى . مثاله لو رهن داراً قيمتها الف بالف فخربت في يده قسم الالف على قيمة البنا والعرصة يوم القبض فما اصاب البنا سقط وما اصاب العرصة بقي (طحطاوي) وكذا لو رهن عبدين بالف وهلك احدهما وقيمته اكثر من الدين لا يسقط كل الدين بهلاكه بل يقسم الدين عَلَى قيمة الحي وقيمة الهالك فما اصاب الهالك يسقط وما اصاب الباقي

يبقى . ثم اعلم ان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين بخلاف نقصان العين فلو رهن فرواً قيمته اربعون درهماً بعشرة دراهم فاكله السوس فصارت قيمته عشرة فانه يفتكه بدرهمين ونصف لان الهالك ثلاثة ارباع الرهن فيسقط من الدين بقدره (رد محتار ملخصاً) ولو رهن ثوباً يساوي عشرين درهماً بعشرة فلبسه المرتهن باذن الراهن فانتقص ستة ثم لبسه بلا اذن فانتقص اربعة ثم هلك وقيمته عشرة يرجع المرتهن على الراهن بدرهم واحد من دينه ويسقط تسعة لان الثوب يوم الرهن كان نصفه مضموناً بالدين ونصفه امانة وما انتقص بلبسه بالاذن وهو ستة لا يضمن وما انتقص بلا اذن وهو اربعة يضمن ويصير قصاصاً بقدره من الدين فاذا هلك وقيمته عشرة نصفه مضمون ونصفه امانة فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفياً دينه و يبقى له درهم يرجع به على الراهن (خانية) ولو كان الرهن دابة فذهبت عينها يسقط ربع الدين (در مختار) لان اقامة العمل بها انما تكون باربعة اعين عيناها وعينا مستعملها (رد محتار) ولو اخذ الطالب من الاصيل رهناً ومن الكفيل رهناً احدهما بعد الآخر وبكل من الرهنين وفاء بالدين فهلك احدهما فالصحيح ايهما هلك هلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما يطالب بكل الدين فيجعل الرهن الثاني زيادة في الرهن فينقسم الدين على الرهن الاول والثاني على قدر قيمتهما فاذا استوت قيمتهما فايهما هلك يهلك بنصف الدين(خانية)

ولو اشترى المرتهن بالدين عيناً من الراهن او صالح عن دينه على شيء ثم هلك الرهن في يده فعليه قيمته للراهن ولا يبطل الصلح والشراء لانهما عقدا معاوضة لا يبطلان بهلاك الرهن كما حققه في رد المحتار . اما لو احال الراهن مرتهنه بدينه على آخر ثم هلك الرهن في يد المرتهن فانه يهلك بالدين وتبطل الحوالة لانها في معنى البراءة بطريق الاداء لا بطريق الاسقاط (در منتقى) .

غصب الرهن كهلاكه اي اذا غصبه احد من المرتهن كان كهلاكه فيضمن بالاقل من الدين ومن القيمة الا اذا غصب في حال انتفاع المرتهن باذن الراهن (در مختار) لان المرتهن في حال الانتفاع مستعير فبطل حكم الرهن فاذا غصب منه او هلك في تلك الحالة فلا يسقط شيء من الدين فاذا فرغ من الانتفاع عاد رهناً مضموناً (رد محتار)

فائدة : بينة الراهن على قيمة الرهن اولى من بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان

والقول قول المرتهن بيمينه (هندية) . وفي الحديث اذا عمي الرهن فهو بما فيه قالوا معناه اذا اشتبهت قيمته بعد هلاكه بان قال كل لا ادري كم كانت قيمته ضمن بما فيه من الدين (در مختار)

تتمة : وحكم الرهن ايضاً وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك غير انه يجب ان يقضى الدين اولاً ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن اولاً فربما يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن اسوة الغرما فيبطل حقهُ ولهذا لزم قضا الدين قبل تسليم الرهن (درر) ولو طلب المرتهن دينه امر باحضار رهنه لئلا يصير مستوفياً مرتين عَلَى تقدير هلاك الرهن الا اذا كان الرهن عند عدل لان تسليمه ليس في قدرته او كان له حمل ومونة سواء كان في بلد العقد او غيره لان الواجب على المرتهن التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لكن للراهن ان يحلفهُ بالله ما هلك الرهن وهذا كله اذا ادعى الراهن هلاكه اما اذا لم يدَّع فلا فائدة في احضاره وكذا الحكم عند كل نجم حل (در مختار) وفرق طحطاوي تبعاً لابن الشحنة بين مسألة قضا الدين بتمامه وبين دفع نجم منهُ فقال انهُ يتعين عَلَى القاضي ان لا يأمر الراهن بدفع كل الدين الى المرتهن من غير ان يحضر الرهن او يصادقه الراهن عَلَى بقائهِ سواء ادعى الراهن الهلاك او لا لان القاضي اذا امره بدفع دينهِ من غير احضار الرهن مع قيام احتمال الهلاك لزم منة ترك الاحتياط في القضاء وهو لايجوز اما في مسألة النجم فلا يلزمه احضار الرهن الا اذا ادعى الراهن هلاكه اما اذا لم يدعِ فلا حاجة الى احضار الرهن اذ لا فائدة فيهِ ووجه عدم الزام القاضي له باحضار الرهن في هذه الصورة الا بطلب الراهن انه بدفع النجم لا يكون مستوفياً لجميع الحق فلا يتوجه الزامه باحضار جميع الرهن لعدم تحقق التسوية بين الراهن والمرتهن لبقاء الدين في ذمة الراهن و بقاء الحبس للمرتهن ولو قبض النجم المذكور لان لاصل بقاء الرهن لكنه بدعوى الهلاك توجه الطلب لانه يكون مستوفياً للنجم الذي يريد دفعه وكان يدعي البراءة بتقرير الاستيفاء بالهلاك المحتمل فيتعين الاحضار لذلك اه ملخصاً. ثم اذا احضر المرتهن الرهن فقال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا الذي رهنته عندي فالقول للمرتهن لانه قابض (تنوير) بخلاف ما لو ادعى المرتهن رده على الراهن وانه هلك بعد الرد وادعى الراهن انه هلك عند المرتهن فان القول حينئذٍ للراهن لانه منكر اذ انهما اتفقا على دخول الرهن في

الضمان والمرتهن يدعي البراءة والراهن ينكرها فكان القول قوله ولو برهنا فالبينة للراهن ايضاً لانها تثبت استيفاء الدين و بينة المرتهن تنفي ذلك وان اختلفا في هلاك الرهن قبل قبضه فالقول للمرتهن لانكاره دخوله في ضمانه وان برهنا فللراهن لاثباته الضمان اه عن الدر المختار ورد المحتار . ولو ادعى المرتهن رد الرهن الى الراهن فلا يصدق بيمينه لان هذا شان الامانات لا المضمونات بل القول للراهن في عدم رده اليه . غير ان ذلك فيما اذا كان الرهن غير زائد على الدين فان كان زائداً عليه فالقول للمرتهن في الزيادة لتمحضها امانة غير مضمونة (رد محتار)

﴿ المادة ٧٣٠ ﴾ لا يكون الرهن مانعاً عن المطالبة بالدين وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه بعد قبض الرهن ايضاً

﴿ المادة ٧٣١ ﴾ اذا اوفي مقدار من الدين فلا يلزم رد ما يقابله من الرهن وللمرتهن حبس مجموع الرهن وامساكه الى ان يستوفي تمام الدين

ولو كان الرهن شيئين او ثلاثة (ملتقى) لان الرهن كله محبوس بكل الدين كالمبيع في يد البائع فان المشتري اذا ادى حصة بعض المبيع من الثمن لا يتمكن من اخذه راجع المادتين ٢٧٨ و ٢٧٩

ولكن لو كان المرهون شيئين و كان قد تعين لكل منهما مقدار من الدين فادى الراهن مقدار ما تعين لاحدهما كان له تخليص ذلك الشيء فقط

بخلاف البيع لتعدد العقد بتفصيل البدل في الرهن لا في البيع راجع المادة ٢٧٩ وذلك لان قبول العقد في احد المرهونين لا يكون شرطاً لصحة العقد في الآخر فاذا قبل في احدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن بل بتكرار لفظ الايجاب (راجع المادة ١٨٠) ولهذا لو قبل البيع في احدهما دون الآخر بطل البيع في الكل لان البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه وليس الرهن كذلك لان الراهن لا يتضرر بالتفريق (طحطاوي)

﴿ المادة ٧٣٢ ﴾ لصاحب الرهن المستعار ان يوءاخذ الراهن

المستعير لتخليصه وتسليمه اياه واذا كان المستعير عاجزاً عن اداء الدين لفقره فللمعير ان يؤدي ذلك الدين ويستخلص ماله من الرهن

وله بعد الاداء ان يرجع على الراهن ولكن انما يرجع عليه بما ادى ان ساوى الدين قيمة الرهن او كان اقل منها لانه غير متبرع لكونه ساعياً في تخليص ملكه فكان مضطراً (در مختار) اما لو كان الدين اكثر من القيمة فيكون المعير في الزيادة على القيمة متبرعاً فلا يرجع بها بل بمثل القيمة فقط (درر) وقد استشكله الزيلعي وغيره لان تخليص الرهن لايحصل بايفاء بعض الدين فكان المعير مضطراً لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى يستوفي الكل وقد اجابوا عليه بان الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من مال المعير فكان الرجوع بقدر ما يتحقق به الايفاء اي فكان الرجوع بقدر ما يسقط من الدين عند افتراض الهلاك وأيد بعضهم هذا التعليل بكون التقصير قد وجد من المعير لكونه لم يقيد الرهن بالقيمة من اول الامر فاذا ترك ما يدفع الاضرار عنه كان في دفع الزائد مختاراً (رد محتار ملخصاً)

❊ المادة ٧٣٣ ❊ لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن

❊ المادة ٧٣٤ ❊ اذا توفي الراهن فان كان الورثة كباراً قاموا مقامه ويلزمهم اداء الدين من التركة وتخليص الرهن وان كانوا صغاراً او كباراً الا انهم غائبون في بلدة بعيدة مدة السفر فالوصي يبيع الرهن باذن المرتهن ويوفي الدين من ثمنه

وذلك لقيام الوصي مقام الراهن وان لم يكن للميت وصي نصب القاضي وصياً وامره ببيع الرهن (تنوير) سواء كان الوارث صغيراً او كبيراً غائباً غيبة بعيدة ويكتب القاضي في نسخة الوصايا انه جعله وصياً ووارث الميت غائب مدة السفر ولو مات الراهن ولا يعلم له وارث فباع القاضي داره جاز (رد محتار)

استطراد : لو رهن الوصي بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه توقف على رضا بقية الغرما ولهم رده لانه ايثار لبعض الغرما بالايفاء الحكمي فاشبه

الايفاء الحقيقي ولكن لو قضى الوصي دينهم قبل الرد نفذ لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو اتحد الغريم جاز و بيع الرهن في دينه. واذا ارتهن الوصي بدين للميت على اخر جاز لانه استيفاء حكما وهو يملكه (درر) كما يملك الاستيفاء الحقيقي فصح ارتهانه ولو كان الورثة كلهم كباراً (ادب الاوصياء)

وللاب والوصي ان يرهنا مال الصغير بدين عليهما لاخر لان لهما ايداع ماله فرهنه اولى لهلاكه مضموناً والوديعة امانة غير مضمونة واذا هلك الرهن في يد المرتهن ضمنا قدر الدين للصغير ولو كانت قيمة الرهن اكثر من الدين فلا يضمنان الزائد على قدر الدين لان الفضل امانة (مجمع الانهر) والجد الصحيح حكمه حكم الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب « حامدية » واذا بقي الرهن ومات الاب او الوصي فليس للابن اخذ الرهن قبل قضا الدين لان تصرفهما لازم نافذ واذا قضي الابن دين الاب او الوصي وافتك الرهن فله ان يرجع في تركتهما لانه مضطر كمعير الرهن « در مختار »

وللاب ان يرهن مال نفسه عند ولده الصغير بدين عليه للصغير بخلاف الوصي فانه لا يملك ذلك (تنوير) وكذا عكسه اي اذا كان للاب دين على ابنه الصغير فله ان يرهن متاع طفله من نفسه لانه لوفور شفقته جعل كشخصين وكذا لو كان الدين على طفله لطفل اخر فله ان يرهن متاع طفله المديون عند طفله الاخر بخلاف الوصي فانه لو كان له على الصغير دين فليس له ان يرهن متاع الصغير من نفسه (ملتقى) وفيه وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه ورهن به متاعه صح وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك ما لم يقض الدين اه

﴿ المادة ٧٣٥ ﴾ ليس للمعير ان يسترد ماله من المرتهن ما لم يؤدِ الدين الذي هو في مقابلة الرهن المستعار سواء كان الراهن المستعير حياً او كان قد مات قبل فك الرهن

وذلك لان المعير قد رضي بتعلق دين المستعير بماله فلا يقدر على استخلاصه ما لم يؤدِ الدين تماماً حتى لو رهن المستعير المال المستعار مع شيء اخر من ماله فليس للمعير ان ياخذ ماله ما لم يقض جميع الدين لان المالين مرهونان بمقابله (درر) راجع

المادة ٧٣١ . ولو ان المعير قيد العارية بمدة ومضت المدة فله اخذ المستعير ليخلص الرهن ويرده له وان ابى اجبر عليه كما في الخيرية والحامدية

✻ المادة ٧٣٦ ✻ لو توفي الراهن المستعير مفلساً مديوناً يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن مرهوناً على حاله . ولكن لا يباع بدون رضى المعير واذا اراد المعير بيع الرهن وايفاء الدين فان كان ثمنه يفي بالدين فيباع بدون نظر الى رضا المرتهن وان كان ثمنه لا يفي بالدين فلا يباع من دون رضى المرتهن

لان له في الحبس منفعة فلعل المعير يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء او تزاد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه ولم يشترط رضى المرتهن فيما لو كان ثمن الرهن يفي بالدين لان حقه في الاستيفاء فقط وقد حصل (طحطاوي)

✻ المادة ٧٣٧ ✻ لو توفي المعير ودينه اكثر من تركته يؤمر الراهن بتأدية دينه وتخليص الرهن المستعار

اي يجبر على ذلك ليدل كل الى حقه (در مختار) وانظر لو كان دين الراهن مؤجلاً هل يجبر او ينتظر (رد محتار)

وان كان عاجزاً عن تأدية الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على حاله ولكن لورثة المعير اداء الدين وتخليصه . واذا طلب غرماء المعير بيع الرهن فان كان ثمنه يفي الدين يباع من دون نظر الى رضى المرتهن وان كان لا يفي فلا يباع بدون رضاه

وذلك لما قدمناه في شرح المادة السابقة من ان له في الحبس منفعة فلعل وارث المعير يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء الخ

✻ المادة ٧٣٨ ✻ اذا توفي المرتهن فالرهن يبقى مرهوناً عند ورثته

✻ المادة ٧٣٩ ✻ اذا اعطى واحد لاثنين رهناً بدينهما وقضى دين احدهما فليس له استرداد نصف الرهن

بل يبقى الرهن كله مرهوناً عند الدائن الاخر لان كل العين رهن في يد كل منهما بلا فرق (مجمع الانهر)

وما لم يقضهما جميع مالهما بذمته ليس له تخليص الرهن منهما حتى لو هلك الرهن في يد المرتهن الاخر هلك بدينهما ولو كان بقيمته وفاء بالدين كان على المرتهن الذي استوفى دينه ان يرد ما قبض (بزازية) لئلا يصير مستوفياً مرتين لان الهلاك استيفاء حكمي

✵ المادة ٧٤٠ ✵ من اخذ من مديونيه رهناً فله ان يمسك الرهن الى ان يستوفي جميع ما لهُ من الدين بذمتهما

فلو ادى احدهما ما عليه من الدين فليس له ان ياخذ حصته من الرهن لان فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الامساك (رد محتار) مثاله لو كان على رجلين لاخر الف مناصفةً عليهما فرهناه فرساً مشتركاً بينهما مناصفة ثم ادى احدهما ما عليه من الدين فليس له اخذ حصته من الفرس وللمرتهن ان يمسكه حتى يقبض جميع الدين فان ادى احدهما كل الدين لم يكن متبرعاً فله ان يقبض الفرس كله وتبقى حصة شريكه في يده بمنزلة الرهن حتى يؤدي له نصف الدين فان هلك الرهن في يده يهلك نصيب شريكه بما عليه من الدين الا ان يكون الدين اكثر من قيمة الرهن فحينئذٍ يرجع على شريكه بالفضل ايضاً (خانية) ثم انه وان كان للمرتهن ان يمسك حصة الشريك الذي قضى نصيبه من الدين الا انه ليس له ان يبيعها ليستوفي ما يصيب الشريك الاخر وبذلك قرار من محكمة التميز مؤرخ في ١٤ ك ١ ٣١ (ج٠م٠ عد ٩٧٥)

✵ المادة ٧٤١ ✵ اذا اتلف الراهن الرهن او عابه يضمن

نقصان القيمة في الصورة الثانية وقيمة الرهن في الصورة الاولى بالغة ما بلغت يوم الهلاك ويدفعها الى المرتهن لتبقى رهناً الى حلول الاجل لو كان الدين مؤجلاً حتى اذا حل الاجل استوفى المرتهن حقه من القيمة لو كانت من جنس دينه ورد الفضل ان كان ثمة فضل ورجع بما بقي له ان نقصت القيمة عن الدين وان كان الدين حالاً فلا يضمن الراهن القيمة بل يؤدي الى المرتهن دينه كله (تنوير وطحطاوي ملخصاً)

وكذلك المرتهن اذا اتلفه او عابه يسقط من الدين مقدار قيمته

هذا لو كان الدين حالاً اما لو كان مؤجلاً فيغرم المرتهن قيمة الرهن الذي اتلفه وتعتبر قيمته يوم القبض لانه مضمون بالقبض السابق وتبقى القيمة رهناً في يد المرتهن حتى اذا حل الاجل والدين من جنس القيمة استوفى منها ولو فيها فضل رده الى الراهن وان نقصت رجع عليه بما بقي وان نقصت القيمة قبل الاتلاف بتراجع السعر الى خمسمائة مثلاً وكانت الفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة اذا كان الدين الفاً لان ما انتقص كالهالك فيسقط من الدين بقدره والحاصل انه اذا اتلف المرتهن الرهن وكانت قيمته قد تناقصت بتراجع السعر يسقط من الدين بقدر ما تناقص ويضمن المرتهن ما بقي من القيمة بخلاف ما لو تناقص السعر والرهن باقٍ فلا يسقط حينئذٍ من الدين شيء والفرق بينهما انه اذا كان الرهن باقياً فيكون بحال يمكن ان تصير ماليته بتراجع السعر كما كانت يوم القبض فلم يعتبر تغيير السعر اما اذا اتلف الرهن فيكون التغيير الذي حصل بتراجع السعر قد استقر بالاتلاف ولم يبق على حال تعود ماليته كما كانت (رد محتار ملخصاً)

﴿ المادة ٧٤٢ ﴾ اذا اتلف الرهن رجل آخر غير الراهن والمرتهن ضمن قيمته يوم اتلافه وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن

والخصم في تضمينه هو المرتهن كما في رد المحتار عن الهداية

الفصل الثاني

في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن

﴿ المادة ٧٤٣ ﴾ اذا رهن الراهن او المرتهن المرهون عند غيره بدون اذن الآخر فرهنه باطل

فلو رهنه المرتهن وسلمه بدون اذن الراهن وهلك في يد الثاني قبل الاعادة الى يد الاول فللراهن ان يضمن المرتهن الاول ويصير ضمانه رهناً ويملكه المرتهن الثاني بالدين او يضمن المرتهن الثاني ويكون الضمان رهناً عند المرتهن الاول وبطل رهن الثاني ويرجع الثاني على الاول بما ضمن وبدينه (تاترخانية)

﴿ المادة ٧٤٤ ﴾ اذا رهن الراهن الرهن باذن المرتهن عند غيره صار الرهن الاول باطلاً والثاني صحيحاً

لا يبطل الرهن الاول في هذه الصورة والصورة الواردة في المادة الآتية بمجرد عقد الرهن الثاني بل اذا لحقه تسليم المرهون الى المرتهن الثاني لما علمت مما مر في المادة ٧٠٦ من ان الرهن لا يتم الا بالقبض

﴿ المادة ٧٤٥ ﴾ اذا رهن المرتهن الرهن باذن الراهن عند آخر بطل الرهن الاول وصح الرهن الثاني ويكون من قبيل الرهن المستعار

فتجري فيه احكامه التي مرت في المواد ٧٢٧ و٧٢٨ و٧٣٢ و٧٣٥ و٧٣٦ و٧٣٧

﴿ المادة ٧٤٦ ﴾ لو باع المرتهن الرهن بدون رضى الراهن كان الراهن مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء نفذه بالاجازة

والمقصود ان البيع موقوف على اجازة الراهن لانه المالك فتجري فيه احكام بيع الفضولي التي ذكرت في المادتين ٣٧٧ و٣٧٨

فائدة : لو قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان فباعه من غيره لم يجز ولو قال المستأجر للمؤجر ذلك جاز بيعه من غيره (جامع الفصولين)

﴿ المادة ٧٤٧ ﴾ لو باع الراهن الرهن بدون رضى المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق الحبس الثابت للمرتهن ولكن اذا قضى الراهن الدين نفذ البيع وكذا لو اجاز المرتهن ذلك البيع فانه ينفذ ايضاً

وكذا لو ابرأ المرتهن الراهن من الدين (حموي) وذلك لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه (طحطاوي) راجع المادة ٣٦٨ . وفي الاشباه باع الراهن الرهن من زيد ثم باعه من المرتهن انفسخ الاول اه

ويخرج الرهن من الرهنية ويبقى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهناً في مقام المبيع

هذا في صورة اجازة المرتهن البيع اي لو اجاز المرتهن البيع نفذ وصار الثمن رهنا

سواء كان مقبوضاً من المشتري او لا لقيامه مقام الدين والثمن وان كان ديناً لا يصح رهنه ابتداء لكن يصح رهنه انتهاء حتى لو توى الثمن على المشتري يكون من المرتهن يسقط به دينه كما لو كان في يده (رد محتار) وهل يصير ثمن الرهن رهناً ولو لم يشترط ذلك وقت الاجازة قال بعضهم لا وقال بعضهم نعم واطلاق المتن يؤيد القول الثاني

وان لم يجز المرتهن البيع فالمشتري بالخيار ان شاء انتظر الى ان يفك الرهن وان شاء رفع الامر الى الحاكم حتى يفسخ البيع

سواء كان المشتري عالماً وقت البيع انه رهن او لا على المفتى به (جامع الفصولين) واما المرتهن فليس له ان يفسخ البيع واذا فعل فلا ينفسخ بفسخه في الاصح (تنوير) لان امتناع النفاذ لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفاذ (طحطاوي)

ولو رهن وسلم ثم وقف المرهون فلا يبطل الرهن وعند ذلك ينظر ان كان الواقف حياً وموسراً فالوقف صحيح وللقاضي ان يجبره على اداء دينه من امواله الاخر وان كان معسراً فالوقف غير صحيح . وان كان الواقف ميتاً فان ترك ما يفي من الدين قضي دين المرتهن منه وترك الوقف على حاله والا فيباع الموقوف ليقضى الدين منه (حيدر افندي ولم يسنده الى احد)

تتمة : لو باع الراهن الرهن من رجل ثم باعه الراهن ايضاً من آخر قبل ان يجيز المرتهن فالبيع الثاني موقوف ايضاً على اجازته فايهما اجاز لزم ذلك وبطل الآخر . ولو باعه الراهن ثم آجره او رهنه او وهبه من غيره مع التسليم ثم اجاز المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة جاز البيع الاول لحصول النفع فيه للمرتهن بتحول حقه الى الثمن (تنوير) والاصل في هذا ان تصرف الراهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازة المرتهن فاذا اجازه فان كان تصرفاً يصلح حقاً للمرتهن ينفذ ما لحقته الاجازة وان لم يصلح فبالاجازة يبطل حق المرتهن وينفذ السابق من تصرفات الراهن وان كان المرتهن اجاز اللاحق فاذا ثبت هذا فنقول المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لان حقه يتحول الى الثمن ولا حق له في هذه العقود اذ لا بدل في الهبة والرهن والبدل في الاجارة في مقابلة المنفعة وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطاً لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق كما لو باع المؤجر العين من اثنين واجاز

المستأجر البيع الثاني نفذ الاول لانه لا حق له في الثمن فكانت الاجازة اسقاطاً (رد محتار)

✵ المادة ٧٤٨ ✵ لكل من الراهن والمرتهن اعارة الرهن باذن صاحبه

من اجنبي يخرج المرتهن عند ذلك من ضمانه حتى لو هلك بيد المستعير هلك مجاناً (ملتقى) لارتفاع القبض الموجب للضمان (مجمع الانهر) بخلاف ما لو اودعه احدهما اجنبياً باذن الآخر حيث لا يخرج من الضمان (خانية)

ولكل منهما ان يعيده الى الرهنية بعد ذلك

لان الاعارة لا تبطل عقد الرهن بخلاف الاجارة والبيع والهبة والرهن من المرتهن او من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يبطل الرهن ولا يعود الا بعقد مستانف لانها عقود لازمة (در مختار) غير انه يشترط في الاجارة تسليم المأجور للمستأجر اذ لو آجر ولم يسلم فلا ينفسخ الرهن (حموي) ومثل ذلك الهبة والرهن لان هذه العقود لا تتم الا بالقبض والحاصل ان جملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك الرهن حالة الاستعمال او اجنبياً ولا ترفع عقد الرهن (رد محتار) والوديعة لا توجب سقوط الضمان ولا ترفع عقد الرهن كما قدمنا عن الخانية والرهن يبطل عقد الرهن كما مرّ في المادة ٧٤٤ . اما الاجارة فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما اذا اعار منه او اودعه وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنبياً بمباشرة احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود الرهن الا بعقد مبتدا واما البيع والهبة فان عقد الرهن يبطل بهما سواء كانا من المرتهن او من اجنبي بمباشرة احدهما باذن الآخر ولكن في صورة البيع يتحول حق المرتهن الى الثمن سواء قبضه او لا كما قدمنا في شرح المادة ٧٤٧ بخلاف بدل الاجارة فانه لا يتحول اليه حق المرتهن . والفرق ان بدل البيع بمقابلة العين وبدل الاجارة بمقابلة المنفعة وحق المرتهن في مالية العين لا في المنفعة (رد محتار ملخصاً) وفيه لو اخذ المرتهن الارض مزارعة بطل الرهن لو البزر منه ولو من الراهن فلا لان الاصل في المزارعة ان رب البزر هو المستاجر فان كان هو

العامل كان مستاجراً للارض وان كان هو رب الارض كان مستأجراً للعامل اه

﴿ المادة ٧٤٩ ﴾ للمرتهن ان يعير الرهن من الراهن

وله استرداده اي وقت شاء لان الاعارة لا تبطل الرهن وباعارة الرهن من الراهن يخرج المرتهن من ضمانه فلو هلك الرهن في يد الراهن هلك مجاناً (تنوير) لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان (مجمع الانهر) فان عاد الرهن الى يد المرتهن عاد ضمانه (ملتقى) لعود القبض الموجب للضمان

وفي هذه الصورة لو توفي الراهن فالمرتهن احق بالرهن من سائر غرماء الراهن

ولو كان الرهن باقياً في يد الراهن بحكم الاعارة وذلك لان العارية ليست بلازمة ولا يرد عليه ان الرهن لم يكن مضموناً على المرتهن لان الضمان ليس من لوازم الرهن قطعاً فان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن مع انه غير مضمون بالهلاك (درر)

تتمة : لو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي من المرتهن لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فقد خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين ويرجع الوصي على الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي (هندية ملخصاً)

﴿ المادة ٧٥٠ ﴾ ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون اذن الراهن

وان فعل وهلك الرهن حالة استعماله ضمنه ضمان الغصب ولو عاد الى الوفاق عاد رهناً (رد محتار) وكذا ليس للراهن ايضاً الانتفاع بالرهن بدون اذن المرتهن والحاصل لانه ليس لاحدهما الانتفاع بالرهن مطلقاً لا بسكنى ولا بلبس ولا اجارة ولا اعارة الا باذن احدهما للآخر ولو اجره المرتهن بدون اذن الراهن فالاجرة له لانه العاقد وان باذنه فللراهن و بطل الرهن (در مختار) كما يبطل ايضاً لو استأجره المرتهن حتى لا يسقط شيء من الدين بهلاكه بعد الاجارة اما لو كان الرهن ارضاً فزرعها الراهن اوغرسها باذن المرتهن فلا يبطل الرهن (خانية) وفيها لو كان الرهن شاة فشرب المرتهن لبنها كان ذلك محسوباً من الدين لان لبن الشاة متقوم اه

ولكن للمرتهن استعمال الرهن واخذ ثمره ولبنه اذا اذنه الراهن واباح

له ذلك ولا يسقط من الدين شيء في مقابلة ما اخذه المرتهن

لان المرتهن اتلفها باذن المالك فلو رهن داراً واباح السكنى للمرتهن فوقع بسكناه خلل وخرب البعض لا يسقط شيء من الدين لانه لما اباح له السكنى اخذ حكم العارية حتى لو أراد منعه كان له ذلك (در مختار) . وفي التنوير لو اذن الراهن للمرتهن في استعمال الرهن او عارته للعمل فهلك الرهن قبل ان يشرع في العمل او بعد الفراغ منه هلك بالدين لبقاء عقد الرهن ولو هلك في حالة العمل والاستعمال هلك امانة اه وفي الخانية لو ادعى المرتهن الهلاك وقت الاستعمال وادعاه الراهن قبله او بعده فالقول للمرتهن والبينة للراهن . ولو قال الراهن لم يستعمله المرتهن فهلك عنده وقال المرتهن استعملته فهلك كان القول قول الراهن اه وفي التنوير لو اذن الراهن للمرتهن في اكل الزوائد فاكلها فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين وان لم يفتك الراهن الرهن بل بقي عند المرتهن على حاله حتى هلك الرهن في يد المرتهن قسم الدين على قيمة النما اي الزيادة التي اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن اه . والاصل ان الاتلاف باذن الراهن كاتلاف الراهن بنفسه لتسليطه (در مختار) ومما فرعوا على ذلك ما جاء في الهندية ونصه اذا رهن من آخر شاة تساوي عشرة بعشرة واذن الراهن للمرتهن ان يحلب لبنها و يشرب منه ففعل المرتهن ذلك لا ضمان عليه لان فعل المرتهن باذن الراهن كفعل الراهن بنفسه ولو فعل الراهن ذلك بنفسه لا ضمان عليه فكذا اذا فعله المرتهن فان حضر الراهن بعد ذلك وقد ماتت الشاة افتكها بجميع الدين على قيمة الشاة يوم قبضها وعلى قيمة اللبن يوم شرب به فتسقط حصة الشاة و يقضي حصة اللبن و كذلك لو ولدت ولداً فاكله المرتهن باذن الراهن كان الجواب فيه كالجواب في اللبن وكذلك اذا اكل الاجنبي الولد او اللبن باذن الراهن كان الجواب فيه كالجواب فيما اذا اكل المرتهن باذن الراهن اه ملخصاً . وانما تقضى حصة اللبن لان نما الرهن رهن مع الاصل كما مرّ في المادة ٧١٥ ولما اتلفه المرتهن باذن الراهن صار كأن الراهن اتلفه فيكون مضموناً عليه فكان له حصة من الدين (رد محتار) وفي الدر المختار زرع المرتهن ارض الرهن ان ابيح له الانتفاع لا يجب شيء وان لم يبح لزمه نقصان الارض وضمان الماء لو من قناة مملوكة اه . قال الطحطاوي الاولى ان يقول لو الماء مملوكاً واحترز به عما اذا سقاها من مباح فانه لاشيء عليه اه

﴿ المادة ٧٥١ ﴾ اذا اراد المرتهن الذهاب الى بلد آخر فله ان يأخذ الرهن معه ان كان الطريق آمناً

ولم يقيد الراهن بالمصر اما اذا قيد به لا يملكه (طحطاوي) وكذا للمرتهن ان يسافر به ولو كان له حمل ومؤنة (تنوير) وله الانتقال عن البلد للسكنى في بلد آخر والعدل كالمرتهن فيما ذكر (در مختار) ولو سافر المرتهن بالرهن والطريق مخوف ضمن ضمان الغصب (درر)

الفصل الثالث

في احكام الرهن الذي هو في يد العدل

﴿ المادة ٧٥٢ ﴾ يد العدل كيد المرتهن يعني لو اشترط الراهن والمرتهن ايداع الرهن عند امين ورضي الامين وقبض المرهون تم الرهن ولزم وقام ذلك الامين مقام المرتهن

اي يتم الرهن و يلزم بقبض العدل لان يده في حق المالية كيد المرتهن ولذا لو هلك في يده اي يد العدل او يد امينه كامرأته وولده وخادمه يهلك من ضمان المرتهن كما لو هلك في يد المرتهن و يصير العدل نائباً عن المرتهن في حق هذا الحكم ونائباً عن الراهن في حكم الضمان حتى لو استحق الرهن في يد العدل بعد هلاكه وضمنه المستحق قيمته فالعدل يرجع على الراهن لا على المرتهن (هندية) وفي الخانية ولو سلط الراهن العدل على بيعه اذا حل الاجل فلم يقبض العدل الرهن حتى حل الدين فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية اه

﴿ المادة ٧٥٣ ﴾ لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل صح ذلك

لانه لما جاز للعدل ان يقوم مقام المرتهن في الابتداء جاز له ان يقوم مقامه في الانتهاء

﴿ المادة ٧٥٤ ﴾ ليس للعدل ان يعطي الرهن للراهن او للمرتهن بدون رضا الآخر ما دام الدين باقياً وان اعطاه كان له استرداده واذا تلف قبل الاسترداد فالعدل ضامن لقيمته

لتعلق حقهما به لان العدل مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل واحد اجنبي عن الآخر والمودع اذا دفع الى الاجنبي يضمن ولانه لو دفع الى المرتهن بدفع ملك الغير ولو دفع الى الراهن تبطل اليد على المرتهن وذلك تعدٍ (مجمع الانهر) . ثم اعلم انه اذا ضمن العدل قيمة الرهن فالراهن والمرتهن ياخذان قيمته ويجعلانها عنده او عند غيره رهناً مقام العين (در مختار) . واذا تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك وليس للعدل ان يجعل القيمة رهناً في يده لان القيمة واجبة عليه فلو جعلها رهناً في يده يصير قاضياً ومقتضياً (اي وافياً ومستوفياً) و بينهما تنافٍ (طحطاوي) . وهل للعدل الرجوع بقيمة المرهون التي ضمنها قال في رد المحتار اذا جعلت القيمة رهناً برأيهما او براي القاضي عند العدل الاول او عند غيره ثم قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بسبب دفعه المرهون الى الراهن فالقيمة للعدل ياخذها ممن هي عنده لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليه ولو كانت القيمة للراهن لزم اجتماع البدل والمبدل منه في ملك واحد وان كان العدل ضمن بسبب الدفع الى المرتهن فالقيمة للراهن ياخذها ممن هي عنده لقيامها مقام العين المرهونة ولا جمع فيه بين البدلين في ملك واحد لان العين لم تصل الى يد الراهن وقد ملكها العدل بالضمان ثم اذا ضمن العدل بالدفع الى المرتهن هل يرجع العدل على المرتهن ينظر ان دفع العين اليه عارية او وديعة لا يرجع الا اذا استهلكها المرتهن لان العدل ملكها باداء الضمان وتبين انه اعار واودع ملك نفسه ولا يضمن المودع والمستعير الا بالتعدي وان دفعها اليه رهناً بحقه بان قال خذ بحقك او احبسه به رجع العدل عليه سواء هلك الرهن او استهلك لدفعه على وجه الضمان

﴿ المادة ٧٥٥ ﴾ اذا توفي العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي العاقدين فان لم يتفقا عليه وضعه الحاكم في يد عدل

واذ علم القاضي ان المرتهن مثل العدل في العدالة يضعه على يده وان كره الراهن ثم لو وضعه القاضي او الراهن والمرتهن في يد عدل آخر فليس للعدل الثاني بيع الرهن وان كان الاول مسلطاً على البيع (هندية)

الفصل الرابع

في بيع الرهن

☀ المادة ٧٥٦ ☀ ليس لكل من الراهن والمرتهن بيع الرهن بدون رضا الآخر

وذلك لتعلق حق كل منهما بالرهن فحق الراهن بالعين وحق المرتهن بالمالية فلا يملك احدهما ابطال حق صاحبه بغير اذنه (طحطاوي) ولو باعه المرتهن بدون رضا الراهن وسلمه فهلك في يد المشتري قبل الاجازة لاتصح الاجازة كما مر في المادة ٣٧٨ وللراهن ان يضمن اياً شاء من المرتهن والمشتري كما في الحامدية وغيرها

تنبيه : لا يكلف المرتهن تمكين الراهن من بيع الرهن ليقضي دينه بثمنه لان حكم الرهن الحبس الدائم حتى يقضي المرتهن دينه (تنوير)

☀ المادة ٧٥٧ ☀ اذا حلّ اجل الدين وامتنع الراهن عن ادائه فالحاكم يامره ببيع الرهن واداء الدين

وحرر في الخيرية ان الحاكم يجبره على بيعه ولو كان الرهن داراً للراهن ليس له غيرها يسكنها لتعلق حق المرتهن بها بخلاف المفلس اه

فان ابى وعاند باعه الحاكم وادّى الدين

والعهدة على الراهن لا على القاضي (رد محتار) ولكن اذا كان الدين مؤجلاً الى انجم متعددة وحلّ منها نجم واحد فلا يجوز بيع الرهن كله كما يعلم من قرار صادر من انجمن العدلية هذه صورته :

لما كان من مقتضى احكام المادة ٧٥٧ من المجلة ان لا يباع الرهن ما لم يتحقق حلول اجل الدين وامتناع الراهن عن ادائه كان من الواضح ان عدم ايفاء المدبون القسط الذي استحق اجله من الدين المؤجل الى انجم مختلفة لا يسوغ بيع الرهن

لايفاء الدين كله واذا كان مقدار الرهن الذي يقابل القسط الذي حل اجله غير قابل التفريق فيجب توقيف بيع الرهن الى ان تحل الانجم كلها (ج٠م٠ عد ٩٥٨)

﴿ المادة ٧٥٨ ﴾ اذا كان الراهن غائباً ولم تعلم حياته ولا مماته فالمرتهن يراجع الحاكم لكي يبيع الرهن ويستوفي الدين

﴿ المادة ٧٥٩ ﴾ اذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه باذن الحاكم وابقاء ثمنه رهناً في يده وان باعه بدون اذن الحاكم كان ضامناً

لان ولاية البيع نظراً للمالك لا تثبت الا للحاكم٠ قال البيري يؤخذ من هذا جواز بيع الدار المرهونة اذا تداعت للخراب وكانت واقعة الفتوى (رد محتار)

كذلك لو ادرك ثمر البستان والكرم المرهون وبقوله فليس للمرتهن بيعها الا باذن الحاكم ولو خيف تلفها وان باعها بدون اذن الحاكم ضمن

لان له ولاية الحبس لا البيع اما لو كان في موضع لا يمكنه الرفع للقاضي اوكان بحال يفسد قبل ان يرفع جاز له ان يبيعه (در مختار) وفي الحامدية ولو جذ المرتهن الثمار وقطف العنب بغير امر القاضي فلا ضمان عليه استحساناً لان هذا من باب الحفظ وحفظ المرهون حق المرتهن وهذا اذا جذ كما يجذ عنده ولم يحدث فيه نقصان فان تمكن فيه نقصان من عمله فهو ضامن يسقط حصته من الدين والرهن لو كان شاة فذبحها وهو يخاف الهلاك ضمن قياساً واستحساناً٠ والحاصل ان كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع فذلك ليس بمملوك للمرتهن ولو فعل يضمن ولو كان فيه تحصين وحفظ عن الفساد الا اذا كان بامر القاضي وكل تصرف لا يزيل العين عن ملك الراهن كان للمرتهن ذلك وان بغير امر القاضي اذا كان فيه حفظ او تحصين عن الفساد فعلى هذا الاصل يخرج جنس هذه المسائل اه

﴿ المادة ٧٦٠ ﴾ يصح توكيل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع المرهون عند حلول الاجل

او مطلقاً٠ قال في الخانية فلو لم يقل عند حلول الاجل فللعدل بيعه قبله اه غير انه يشترط ان يكون الوكيل اهلاً للبيع وقت التوكيل٠ فلو وكل ببيعه صغيراً لا يعقل

فباعه بعد بلوغه لا يصح خلافاً لهما (تنوير) انظر المادة ١٤٥٨

وليس للراهن عزل ذلك الوكيل من الوكالة

الا اذا رضي المرتهن بذلك (رد محتار) وكذا ليس للمرتهن ايضاً عزل الوكيل اذ ليس هو الذي وكله وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولو وكله بالبيع مطلقاً ملك بيعه بالنقد والنسيئة فلو نهاه بعد ذلك عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه اهـ. ولكن فصل في الهندية فقال ان باعه بنسيئة معهودة بين الناس جاز والا فلا كما لو باع الى عشر سنين مثلاً وكذا اذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بان قال ان المرتهن يطالبني ويؤذيني فبعه حتى انجو منه فباعه بالنسيئة لا يجوز اهـ قلت وتفصيل الهندية حسن ويؤيده ما سيأتي في المادة ١٤٩٨

ولا ينعزل ايضاً بوفاة المرتهن او الراهن

ولا بوفاتهما معاً للزوم الوكالة بلزوم العقد وذلك لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صارت وصفاً من اوصافه وحقاً من حقوقه الا ترى ان عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله (رد محتار). قلت واشتراطها بعد العقد كاشتراطها في ضمنه انظر المادة ١٥٢١ وعلى هذا لو مات الراهن مثلاً فللوكيل بيع الرهن بلا محضر وارثه واذا حضر الوارث ليس له نقض البيع لانه تعلق به حق المرتهن (رد محتار) ثم اعلم ان هذه الوكالة تبطل بموت الوكيل مطلقاً اي سواء كان مرتهناً او عدلاً او غيرهما ولا يخلفه وارثه ولا وصيه خلافاً لابي يوسف لان الوكالة لا يجري فيها الارث (درر) حتى لو اوصى الوكيل ببيعه الى اخر لم يصح لان الموكل رضي برايه لا براي غيره الا الا اذا كان مشروطاً له ذلك في الوكالة بان قال له الراهن في اصل الوكالة وكلتك ببيعه واجزت لك ما صنعت به من شيء فحينئذ لوصيه بيعه (مجمع الانهر) ولكن لا يجوز لوصيه ان يوصي به الى اخر (رد محتار) وفيه وكل العدل وكيلاً فباعه ان بحضرة العدل جاز والا فلا الا ان يجيزه ولو باع العدل بعض الرهن بطل الرهن في الباقي للشيوع الطارئ. ولو مات الوكيل وبطلت الوكالة بموته لا يبطل الرهن بل يبقى على حاله اهـ. وفي الهندية اذا كان العدل اثنين وقد سلط على بيع الرهن فباع احدهما لم يجز لان البيع يحتاج فيه الى الرأي ورأي الواحد لا يكون كراي المثنى فان اجاز الاخر جاز وكذا اذا اجازه الراهن والمرتهن وان اجاز احدهما دون الاخر

لا يجوز وكذا لو باعه اجنبي واجاز احدهما لم يجز وان اجازاه جاز وان ابى العدل لان الحق لهما اه

﴿ المادة ٧٦١ ﴾ الوكيل ببيع الرهن يبيع الرهن اذا حل وقت اداء الدين ويسلم ثمنه الى المرتهن

ليستوفي دينه منه وان بقي الثمن في يد الوكيل او في ذمة المشتري فهو رهن كالثمن لقيامه مقامه فلو هلك في يد الوكيل سقط الدين كما اذا هلك عند المرتهن وكذا اذا هلك الثمن بالتوى على المشتري فالتوى على المرتهن ويسقط الدين ولا يعتبر فيه قيمة الرهن وانما يعتبر الثمن اي يسقط من الدين قدر الثمن لا قدر القيمة ولا يقال كيف يكون مضموناً ولم يقبضه لانه ثبت في ذمة المشتري بحق المرتهن فكانه في يد المرتهن او في يد البائع واذا اقر العدل انه قبض الثمن وسلمه الى المرتهن وانكر المرتهن فالقول للعدل لانه امين وبطل دين المرتهن (رد محتار عن الجوهرة)

وان ابى الوكيل يجبر الراهن على بيعه واذا ابى وعاند الراهن ايضاً باعه الحاكم واذا كان الراهن او ورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن فان عاند باعه الحاكم

خاتمة : اذا باع العدل الرهن ودفع ثمنه الى المرتهن ثم استحق الرهن فلا يخلو من ان يكون الرهن هالكاً او قائماً فان كان قد هلك في يد المشتري فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن المشتري قيمته لكونه متعدياً بالاخذ والتسليم (رد محتار) وان شاء ضمن الراهن لانه غاصب حيث اخذ العين وسلمها بدون اذن مالكها وان شاء ضمن العدل لتعديه بالبيع والتسليم (ملتقى) فان ضمن المشتري فللمشتري ان يرجع بالثمن الذي اداه الى العدل او المرتهن و يرجع المرتهن به على العدل والعدل على الراهن (رد محتار) وان ضمن الراهن صح البيع والقبض اي قبض المرتهن الثمن لان الراهن ملك الرهن بالضمان فتبين انه امر العدل ببيع ملك نفسه (مجمع الانهر) وان ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمة الرهن لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (طحطاوي) وان شاء ضمن المرتهن ثمن المبيع الذي اداه اليه لانه تبين بالاستحقاق انه اخذ الثمن بغير حق لان العدل ملكه بالضمان (درر)

فان ضمن الراهن صح البيع ونفذ لان الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملكه كما تقدم وصح قبض المرتهن الثمن فلا يرجع بشيء من دينه على الراهن (رد محتار) وان ضمن المرتهن فالثمن له اي العدل لانه بدل ملكه (در مختار) اذ انه لما ادى الضمان استقر ملكه فيه ولم يضمن العدل الراهن حتى ينتقل الملك الى الراهن (رد محتار) وللمرتهن بعد ذلك ان يرجع على راهنه بدينه ضرورة بطلان قبضه (درمنتقى) غير انه بقي هنا شيء وهو ان المستحق اذا ضمن العدل القيمة فقد تكون القيمة اكثر من الثمن الذي اخذه العدل من المرتهن فمن يضمن تلك الزيادة ، قال في رد المحتار ذكر الشرنبلالي بحثاً انه ينبغي ان يرجع بالزيادة على الراهن وذكر في رد المحتار بحثاً اخر خلاصته ان المستحق يرجع بالقيمة على المشتري لانه غاصب ايضاً بالقبض وقد هلك المغصوب ايضاً في يده ثم يرجع المشتري بالثمن الذي اداه الى العدل او المرتهن و يرجع المرتهن به على العدل والعدل على الراهن اه. قلت فما ذكره الشرنبلالي هو فيما اذا ضمن المستحق العدل وما ذكره في رد المحتار هو فيما اذا ضمن المستحق المشتري

وان كان الرهن قائماً في يد مشتريه اخذه المستحق من المشتري (تنوير) ورجع المشتري بالثمن الذي اداه على من اداه اليه فان كان قد دفعه الى المرتهن رجع به عليه لا على العدل لان العدل في البيع عامل للراهن . وبعد ذلك يرجع المرتهن بدينه على الراهن وان كان المشتري ادى الثمن الى العدل رجع عليه لانه العاقد فتعلق به حقوق العقد (رد محتار) ثم ان العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالثمن لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه وحينئذٍ صح قبض المرتهن وسلم الثمن له (مجمع الانهر) وان شاء رجع على المرتهن بثمن الرهن (ملتقى) لانه اذا انتقض العدل بطل الثمن وقد قبضه المرتهن ثمناً فيجب نقض قبضه ضرورة (رد محتار) وعند ذلك يرجع المرتهن على الراهن بدينه (تنوير) لانه لما انتقض قبضه للثمن عاد حقه في الدين كما كان (مجمع الانهر) وذكر في الدرر والملتقى والوقاية ان ما ذكر من التفصيل انما هو فيما اذا شرط التوكيل في عقد الرهن لانه تعلق به حق المرتهن فكان البيع واقعاً لحقه وقد سلم له ذلك فجاز ان يلزمه الضمان اما اذا وكل الراهن العدل بعد العقد فيرجع العدل على الراهن فقط سواء قبض الراهن الثمن او لا وذلك لان رضى المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فكان التوكيل مستانفاً لا في ضمن عقد الرهن فكان منفصلاً عنه ضرورة اه

ثم اعلم ان كل ما تقدم فيما اذا استحق الرهن بعد بيعه اما لو استحق قبل البيع في يد المرتهن فان كان قائماً ياخذه المشتري منه و يبطل الرهن ولو كان الرهن شيئين فاستحق احدهما بطل الرهن فيه و يبقى الاخر رهناً بكل الدين (در مختار) ولكن ان هلك يهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفا بكل الدين (خانية) راجع تتمة شرح المادة ٧١٠ ٠ وان كان الرهن قد هلك في يد المرتهن فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمة الرهن لتعديه بالتسليم (ملتقى) وان شاء ضمن المرتهن لتعديه بالقبض (تنوير) وان ضمن الراهن هلك الرهن بدينه لان المرتهن صار مستوفياً لدينه بهلاك الرهن في يده لان الراهن ملكه باداء الضمان مستنداً الى ما قبل التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفياً بهلاكه (رد محتار) اما ان ضمن المستحق المرتهن رجع المرتهن على الراهن بقيمة الرهن التي ضمنها لان الراهن غره بالتسليم ورجع عليه ايضاً بدينه لانتقاض قبضه (درر) اي لان قبض المرتهن الرهن قد انتقض بتضمينه القيمة فيعود حقه في الدين كما كان لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفياً (رد محتار)

تنبيه: المكفول عنه لا يصلح عدلاً في رهن كفيله كعكسه اي والكفيل لا يصلح عدلاً في رهن المكفول عنه وكذا رب المال لا يصلح عدلاً في رهن المضارب كعكسه وكذا احد شريكي المفاوضة والعنان الا فيما كان من غير التجارة لان كلاً منهما اجنبي عن صاحبه فيه وكذا الراهن لا يصلح عدلاً في الرهن ويفسد العقد الا اذا كان المرتهن قد قبضه ثم وضعه على يده جاز بيعه (هندية ملخصاً) اه

الكتاب السادس

في الامانات ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالامانات

✻ المادة ٧٦٢ ✻ الامانة هي الشيء الذي يوجد عند الامين سواء كان امانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة او كان امانة من ضمن عقد آخر

كالمأجور والمستعار او دخل بطريق الامانة في يد آخر بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار واحد مال جاره فحيث كان ذلك بدون عقد لا يكون وديعة بل امانة فقط

وكذا لو وجد احد في الطريق شيئاً فاخذه بنية رده الى مالكه لم يكن ذلك الشيء وديعةً بل امانةلوقوعه في يده بدون عقد انظر المادة ٧٦٩ وشرح المادة ٢٠٠ والفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص لان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس كما يقال الانسان حيوان ولا يقال الحيوان انسان فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً والامانة ما يقع في يده من غير قصد وفي الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف (مجمع الانهر ملخصاً)

✻ المادة ٧٦٣ ✻ الوديعة هي المال الذي يوضع عندانسان لاجل الحفظ

✻ المادة ٧٦٤ ✻ الايداع هو احالة المالك حفظ ماله الآخر

صريحاً كاودعتك هذا المال او دلالة كما لو انفتق زق رجل فاخذه رجل بغيبة مالكه ثم تركه ولم يكن المالك حاضراً فانه يضمن لانه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة وان لم ياخذه ولم يذق منه لم يضمنه وان كان المالك حاضراً لا يضمن في الوجهين اي في الاخذ وعدمه (مجمع الانهر)

ويسمى المستحفظ مودعاً بكسر الدال والذي يقبل الوديعة وديعاً ومستودعاً بفتح الدال

✻ المادة ٧٦٥ ✻ العارية هي المال الذي ملكت منفعته لآخر مجاناً اي بلا بدل ويسمى معاراً ومستعاراً

✻ المادة ٧٦٦ ✻ الاعارة اعطاء الشيء عارية والذي يعطيه يسمى معيراً

✻ المادة ٧٦٧ ✻ الاستعارة اخذ العارية ويقال للآخذمستعير

الباب الاول

في احكام عمومية تتعلق بالامانات

✵ المادة ٧٦٨ ✵ الامانة غير مضمونة فاذا هلكت او ضاعت بلا صنع الامين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان

سواء هلكت بما يمكن التحرز عنه كالسرقة او لا كالغرق وسواء هلك معها شيء للامين او لا واشتراط الضمان على الامين باطل وبه يفتى ٠ اما اذا هلكت بتعدي الامين او تقصيره فانه يضمن فلو لبس ثوبًا برأى الثيابي فظن الثيابي انه ثوبه فاذا هو ثوب غيره ضمن هو الاصح ٠ ولو نام الحمامي وسرق الثوب، ان نام قاعداً لا يضمن، وان مضطجعًا ضمن (مجمع الانهر ملخصاً)

✵ المادة ٧٦٩ ✵ اذا وجد رجل شيئاً في الطريق او في محل آخر فاخذه على سبيل التملك كان حكمه حكم الغاصب فاذا هلك ذلك المال او ضاع ولو بلا صنع او تقصير منه كان ضامناً اما لو اخذه ليرده لمالكه فان كان مالكهُ معلوماً كان في يده امانة ويلزم تسليمه الى مالكهِ وان لم يكن مالكهُ معلوماً فهو لقطة ويكون في يد ملتقطه امانة ايضاً

راجع المادة ٢ وشرحها وفي الدر المختار ولو رفع اللقطة ثم ردها لمكانها لا يضمن في ظاهر الرواية اه ٠ وهذا اذا رفعها ليعرفها فلو ليا كلها لا يبرأ ما لم يردها الى ربها (خانية) ٠ قال في رد المحتار اطلقه فشمل ما اذا ردها قبل ان يذهب بها او بعده اه

✵ المادة ٧٧٠ ✵ يلزم الملتقط ان يعلن انه وجد لقطة

اي بان ينادي عليها حيث وجدها او في محلات الاجتماع كالاسواق وابواب المساجد وبيوت القهوات فان فعل برىء من الضمان وصارت اللقطة في يده امانة لا تضمن بلا تعد او تقصير لان مناداته دلالة على قصده رد اللقطة الى صاحبها راجع المادة ٦٨ ٠ وكذا لو اشهد عليه بانه اخذها ليردها الى صاحبها ويكفيه ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي ٠ اما لو لم يشهد مع التمكن منه او لم يعرفها ضمن ان انكر

ربها اخذها للرد (در مختار)٠ ولكن اذا لم يتمكن من الاشهاد كما اذا لم يجد من يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد ياخذها منه ظالم فترك الاشهاد لا يضمن (رد المحتار) وفي الدر المختار الصبي كبالغ فيضمن ان لم يشهد اه

بقي هل يستغنى عن الاشهاد بالتعريف اي بالاعلان قال في رد المحتار ان الاشهاد لا بد منه على قول الامام باتفاقهم والخلاف في انه هل يكفي عن التعريف بعده او لا ولم يقبل احد ان التعريف بعد الاخذ يكفي عن الاشهاد وقت الاخذ خلافاً لما فهمه في الفتح هذه حاصل ما في البحر والنهر اه

ويحفظ المال في يده امانة الى ان يوجد صاحبه واذا ظهر واحد فاثبت ان تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها له

فلو منعها بعد الطلب يضمن لو هلكت٠ اما لو لم يثبت مدعيها بل اتى بالعلامات فالملتقط بالخيار ان شآء دفع اليه واخذ كفيلاً وان شآء طلب منه البينة (سراجية) واذا كانت اللقطة محتاجة الى النفقة فانفق عليها الملتقط كان متبرعاً لقصور ولايته الا اذا امره القاضي بالانفاق ليرجع على صاحبها فلو لم يذكر الرجوع لا يرجع على الاصح لان امر القاضي متردد بين الحسبة والرجوع فلا يكون الانفاق ديناً بالشك وان كان للقطة نفع آجرها الملتقط باذن الحاكم وانفق عليها من بدل الاجارة وان لم يكن باعها القاضي وحفظ ثمنها ولو الانفاق اصلح امر به لان ولايته نظرية (در مختار) وقالوا انما يامر بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارّة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة (رد محتار عن الهداية) واذا حضر ربها وطلبها من الملتقط فله منعها من ربها لياخذ النفقة فان لم يعطه باعها القاضي واعطى النفقة ورد عليه الباقي٠ اما لو هلكت بعد ان حبسها الملتقط سقطت النفقة وقبل حبسها لا تسقط لانها بعد الحبس تصير كالرهن وقبله لا (هندية)

❊ المادة ٧٧١ ❊ اذا هلك مال واحد في يد آخر قضاً فان كان قد اخذه بدون اذن مالكه ضمنه في كل حال وان كان قد اخذه باذن صاحبه فلا يضمن لانه امانة في يده الا اذا كان قد اخذه على سوم

الشرا وسمى الثمن فهلك المال لانه حينئذٍ يلزمه الضمان

راجع المادة ٢٩٨ وكذا حكم المقبوض على رسوم الرهن اذا بين ما ياخذه من الدين فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين كما قدمنا في شرح المادة ٧٢٩

مثلاً اذا اخذ رجل اناء بلور من دكان البائع بدون اذنه فوقع من يده وانكسر فانه يضمن قيمتهُ اما اذا اخذه باذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد بينما هو ينظر اليه وانكسر فلا يلزمه الضمان ولو وقع ذلك الاناء على آنية اخرى فانكسرت تلك الانية ايضاً لزمهُ ضمانها فقط اما الاناء الاول فلا يلزمهُ ضمانهُ لانهُ امانة في يده. ولكن لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الاناء فقال له صاحب الدكان بكذا اخذه فاخذه بيده فوقع للارض وانكسر ضمن ثمنهُ . وكذا لو وقع كاس الفقاعي من يد واحد فانكسر وهو يشرب لا يلزمهُ الضمان لانه من قبيل العارية اما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان

✻ المادة ٧٧٢ ✻ الاذن دلالةً كالاذن صراحةً اما اذا وجد النهي صراحةً فلا عبرة للاذن دلالة. مثلاً اذا دخل رجل دار آخر باذنه فوجد اناءً معداً للشرب فهو مأذون دلالة بالشرب منه فاذا اخذ ذلك الاناء ليشرب فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه اما اذا نهاه صاحب الدار عن الشرب بهِ ثم اخذه ليشرب فوقع من يده وانكسر ضمن قيمتهُ

وفي الهنديه جماعة في بيت انسان اخذ واحد منهم مرآة ونظر فيها ودفعها الى اخر ونظر فيها ثم ضاعت لم يضمن احد لوجود الاذن في مثله دلالة اه. وفي الخانية شاة لانسان سقطت وخيف عليها الموت فذبحها انسان كيلا تموت لا يضمن استحساناً لانه مأذون دلالة اه. وفي رد المحتار عن الولوالجية دخل بيته باذنه فاخذ اناءً لينظر اليه فوقع لا يضمن ولو اخذه بلا اذنه بخلاف ما لو دخل سوقاً يباع فيه الاناء فانه يضمن اه

الباب الثاني

في الوديعة ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في المسائل المتعلقة بعقد الايداع وشروطه

﴿ المادة ٧٧٣ ﴾ ينعقد الايداع بالايجاب والقبول صراحة اودلالةً

او كناية . كقوله لرجل اعطني الف درهم او اعطني هذا الثوب مثلاً فقال اعطيتك كان وديعة لان الاعطا يحتمل الهبة لكن الوديعة ادنى وهو متيقن فصار كناية او فعلاً كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئاً فهو ايداع . اما لو قال لا اقبله لم يضمن بالهلاك لان الدلالة لا تعارض الصريح (در منتقى) ثم اعلم ان انعقاد الايداع بالايجاب والقبول انما هو في حق وجوب الحفظ واما في حق الامانة فيتم بالايجاب فقط حتى لو قال للغاصب اودعتك المغصوب برىء الغاصب من الضمان وان لم يقبل (هنديه)

مثلاً اذا قال صاحب الوديعة اودعتك هذا الشيء او جعلته امانة عندك فقال المستودع قبلت انعقد الايداع صراحة . وكذا لو دخل شخص خاناً فقال لصاحب الخان اين اربط دابتي فاراه محلاً فربط الدابة فيه انعقد الايداع دلالة . وكذلك اذا وضع رجل ماله في دكان فرآه صاحب الدكان وسكت ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة

وكذا لو وضع ثيابه في حمام بمرأى من الثيابي كان ايداعاً وان لم يتكلم ولا يكون الحمامي مودعاً ما دام الثيابي حاضراً فان كان غائباً فالحمامي مودع (مجمع الانهر)

اما لو قال صاحب الدكان لا اقبله فلا ينعقد الايداع حينئذٍ . وكذا اذا وضع رجل ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه وبقوا

ساكتين صار ذلك المال وديعة عند جميعهم فاذا قاموا واحداً بعد واحد وانصرفوا من ذلك المحل تعين حينئذٍ الحفظ على من بقي منهم في الاخر ومن ثمَّ يصير المال وديعة عند الاخير فقط

اعلم ان قولهم وهم يرونه قيد احترازي اذ لو لم يروه لا يصير المال وديعة وعندهم ولهذا قال في الهندية وضع شيئاً في بيت رجل بغير امره فلم يعلم حتى ضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ اه. وفي جامع الفصولين لو ادخل دابته دار غيره واخرجها رب الدار لم يضمن لانها تضر بالدار ولو وجد دابة في مربطه فاخرجها ضمن اه

❊المادة ٧٧٤❊ لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الايداع متى شاء

وذلك لان عقد الايداع عقد غير لازم الا في صورة واحدة وهي ما لو كان باجر على ما سيأتي في المادة ٧٧٧ وكان موقتاً بمدة معلومة اذ ليس لاحد العاقدين حينئذٍ ان يفسخه قبل مضي المدة لانه في هذه الصورة عقد اجارة

❊ المادة ٧٧٥ ❊ يشترط ان تكون الوديعة قابله لوضع اليد عليها وصالحة للقبض فلا يصح ايداع الطير في الهواء

لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد عليه محال (درر)

❊ المادة ٧٧٦ ❊ يشترط ان يكون المودع والمستودع عاقلين مميزين اما بلوغهما فليس بشرط . ومن ثم لا يصح ايداع المجنون والصبي غير المميز ولا قبولهما الوديعة واما الصبي المميز المأذون فيصح ايداعه وقبوله الوديعة

حتى لو هلكت الوديعة بتعديه او تقصيره في الحفظ ضمن بخلاف الصبي المحجور وغير المميز فانه لا يضمن الا اذا اودع صبياً محجوراً مثله وهي ملك غيرها فللمالك تضمين الدافع والآخذ (رد محتار) . وفي الهندية اودع صبياً وديعة فهلكت في يده فلا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكها، فان كان ماذوناً له في التجارة ضمنها اجماعاً وان كان محجوراً الا انه قبل الوديعة باذن وليه فانه يضمن ايضاً بالاجماع، وان قبلها بغير اذن وليه لا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد اه

الفصل الثاني

في احكام الوديعة وضمانها

✻ المادة ٧٧٧ الوديعة امانة في يد الوديع فاذا هلكت بلا تعدٍ منه و بدون صنعه وتقصيره في الحفظ لا يضمن ولكن اذا كان الايداع باجرة فهلكت او ضاعت بسبب يمكن التحرز عنه لزم المستودع ضمانها

ولا يرد على ما تقدم في كتاب الاجارة من ان الاجير المشترك لا يضمن وان شرط عليه الضمان لانه قد يفرق بانه هنا مستاجر للحفظ قصداً بخلاف الاجير المشترك فانه مستأجر على العمل (رد محتار)

مثلاً لو وقعت الساعة المودعة من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت فلا يضمن . اما لو وطئت الساعة بالرجل او وقع عليها شيء من اليد فانكسرت وجب الضمان . كذلك لو اودع رجل ماله عند آخر واعطاه اجرة على حفظه فضاع المال بسبب يمكن التحرز منه كالسرقة فالمستودع ضامن

بخلاف ما لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه كالحريق والغرق فانه لا يضمن

✻ المادة ٧٧٨ ✻ اذا وقع من يد خادم المستودع شيء على الوديعة فتلفت لزم الخادم الضمان

وفي الانقروي اتلف الوديعة من في عيال المودع ضمن المتلف صغيراً كان او كبيراً لا المودع اه

✻ المادة ٧٧٩ ✻ فعل ما لا يرضى به المودع في حق الوديعة تعدٍ من الفاعل

كلبس الثوب وركوب الدابة وخلط الوديعة بغيرها وايداعها بدون اذن المالك انظر المواد ٧٨٧و٧٨٨و٧٩٠ . ولكن لو غاب المودع وترك مفتاحه عند غيره فلما رجع لم يجد الوديعة في مكانها لا يضمن لدفع المفتاح الى غيره (هندية)

﴿ المادة ٧٨٠ ﴾ الوديعة يحفظها المستودع بنفسه او يستحفظها امينه كمال نفسه فاذا هلكت في يده او عند امينه بلا تعدٍ ولا تقصير فلا ضمان عليه ولا على امينه

والمقصود بامينه من يحفظ به ماله كوكيله وشريكه مفاوضةً وعناناً (در مختار) ويحفظها ايضاً بعياله وهم من يسكن معه حقيقةً او حكماً لا من يمونه (تنوير) فلو دفعها الى زوجته او ولده الصغير ولا يسكن معهما لا يضمن بشرط ان يكون الصغير قادراً على الحفظ . ولو دفعها الى ولده الكبير ان كان ساكناً معه لا يضمن والا ضمن (هندية) . بخلاف الابوين فلا يشترط ان يكونا في عياله وبه يفتى (رد محتار) . ولو دفع) الى اجيره الخاص الذي استأجره مشاهرة او مسانهة لا يضمن اذا كان طعامه وكسوته عليه ثم انه يشترط ان يكون من في عياله اميناً فلو دفع الى زوجته وهي غير امينة وهو غير عالم بذلك او تركها في بيته الذي فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن (مجمع الانهر) وفي التنوير وجاز لمن في عياله الدفع لمن في عياله اهـ. وفيه ولو دفع المستودع الوديعة الى غير من ذكر ضمنها اذا هلكت الا اذا خاف الغرق او الحرق وكان محيطاً غالباً فسلمها الى جاره او الى فلك اخر اهـ. وهذا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من في عياله فان امكنه ذلك فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها في سفينة اخرى وهلكت قبل ان تستقر فيها بان وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله (مجمع الانهر) وفي الخانية امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها الى جارتها فهلكت عند الجارة ان لم يكن بحضرتها عند الوفاة احد من عيالها لا تضمن اهـ. وان ادعى المستودع انه دفع الوديعة الى جاره او الى فلك اخر عند وقوع الحريق في داره او عند وقوع الغرق صدق ان علم وقوع الحريق بداره والا لا يصدق الا ببينة (تنوير)

﴿ المادة ٧٨١ ﴾ للمستودع ان يحفظ الوديعة في المحل الذي يحفظ فيه ماله

كداره ومنزله وحانوته ولو باجارة او اعارة (مجمع الانهر) فان حفظ بغير ذلك وضاعت الوديعة ضمن والمادة الاتية موضحة لهذه المادة

﴿ المادة ٧٨٢ ﴾ يلزم حفظ الوديعة في حرز مثلها . فوضع مثل النقود والمجوهرات في اصطبل الدواب او التبن تقصير في الحفظ ، وبهذه الحال اذا ضاعت الوديعة او هلكت لزم الضمان

بخلاف ما لو وضعت في حرز مثلها فسرقت فلا ضمان على المستودع ويقبل قوله بيمينه (حامدية) . وفيها سوقي قام من حانوته الى الصلوة وفي حانوته ودائع فضاع شي منها لا ضمان عليه لانه غير مضيع ، سواء اجلس ابنه على الباب او لا ، حيث جرى عرف اهل السوق لانه ترك الوديعة في حرزها مع ماله فقد حفظها بما يحفظ فيه ماله والحاصل ان العبرة للعرف حتى لو ترك الحانوت مفتوحاً او علق الشبكة على بابه ونام في النهار ليس بتضييع وفي الليل اضاعة اه ملخصاً . وفي جامع الفصولين ولو قال المستودع وضعتها بين يدي وقمت ونسيتها فضاعت يضمن ولو قال وضعتها بين يدي في داري والمسألة بحالها ان مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة النقدين يضمن ولو كان مما تعد عرصتها حصناً له لا يضمن اه

﴿ المادة ٧٨٣ ﴾ اذا تعدد المستودع ولم تكن الوديعة قابلة القسمة يحفظها احدهم باذن الباقين او يحفظونها مناوبة وبهاتين الصورتين اذا هلكت الوديعة بلا تعدٍ ولا تقصير فلا ضمان على واحد منهم

لان المالك رضي بثبوت يد كل واحد منهم على الانفراد في الكل (مجمع الانهر) قال الحموي واذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم كان لهما التهايوء في الحفظ فلو دفعه زائداً على زمن التهايوء ينظر (طحطاوي) . قلت لم يبقَ اليوم محل للنظر لانه لما جاز بمقتضى هذه المادة ان يحفظ الوديعة احد المستودعين باذن الباقي جاز ايضاً ان تبقى في يد احدهم زائدا على زمن التهايوء

وان كانت الوديعة قابلة للقسمة يقسمها المستودعون بينهم بالسوية وكل منهم يحفظ حصته منها وفي هذه الصورة ليس لاحدهم ان يسلم حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع واذا سلمها فهلكت في يد المستودع الآخر بلا تعد

ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان بل يلزم الذي سلمه اياها ضمان حصته منها
· وكذا المرتهنان والوصيان وعدلا الرهن والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى
الاخر ما يمكن قسمته ضمن حصته لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل
التجزي تناول البعض لا الكل فاذا سلم احدهما الكل الى الاخر ولم يرض المالك به
ضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن (مجمع الانهر ملخصاً)

﴿ المادة ٧٨٤ ﴾ يعتبر الشرط الواقع في عقد الايداع اذا كان
ممكن الاجراء ومفيداً والا فهو لغو · مثلاً اذا كان قد شرط وقت
العقد ان يحفظ المستودع الوديعة في داره فنقلها الى محل آخر مضطراً
بوقوع حريق في داره فلا عبرة لذلك الشرط وفي هذه الصورة اذا نقلها
فهلكت او ضاعت بلا تعدٍ ولا تقصير لا يضمن · وكذا اذا امر المودع
المستودع بحفظ الوديعة ونهاه عن ان يسلمها لزوجته او ابنه او خادمه
او لمن يأتمنه على حفظ مال نفسه وكان ثمة امر مجبر احوجه الى تسليم
الوديعة لاحد هؤلاء كان ذلك النهي غير معتبر · وفي هذه الصورة ايضاً
اذا هلكت الوديعة او ضاعت بلا تعد ولا تقصير لا يضمن المستودع · اما
اذا سلمها بلا اضطرار فهلكت لزمه الضمان · كذلك اذا شرط ان تحفظ الوديعة
في حجرة معينة فحفظها المستودع في حجرة اخرى فان كانت حجر تلك
الدار متساوية في الحفظ لا يكون ذلك الشرط معتبراً وحينئذٍ اذا هلكت
الوديعة فلا ضمان اما اذا كان بين الحجر تفاوت كأن كانت احدى
الحجر مبنية بالاحجار والاخرى بالاخشاب فالشرط معتبر ويلزم المستودع
حفظها في الحجرة التي عينت وقت العقد واذا وضعها في حجرة دون تلك
الحجرة في الحفظ فهلكت يصير ضامناً

وان امره بحفظها في دار فحفظها في غيرها ضمن (ملتقى) وباطلاقه شمل ما اذا كانت الدار الاولى مثل الثانية في الحرز او لا والذي ذكره شيخ الاسلام الضمان وان كانت الثانية احرز . ولكن في شرح الطحطاوي اذا كانت الدار التي خباها فيها والدار الاخرى في الحرز على السواء او كانت التي خباها فيها احرز فلا ضمان عليه سوا نهاه عن الخبء فيها او لم ينهه (هندية) وظاهر ما في هذه المادة ترجيح هذا القول . وفيها لو قال احفظها في هذه البلدة ولا تحفظها في بلدة اخرى فحفظها في البلدة المنهية ضمن بالاتفاق اه . وفيها لو قال ضعها في كيسك هذا فوضعها في غيره لم يضمن وكذا لو قال ضعها في كيسك فوضعها في الصندوق وكذا لو قال احفظها في كيسك لا تحفظها في صندوقك او قال احفظها في صندوق ولا تحفظها في البيت فحفظها في البيت لا يضمن ولو قال لا تضع في الحانوت فانه مخوف فوضعها فيه حتى سرقت ليلاً ان لم يكن له موضع اخر احرز من الحانوت لا يضمن وان كان له ضمن اذا كان قادرا على الحمل اه

✻ المادة ٧٨٥ ✻ اذا كان صاحب الوديعة غائباً غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها اما اذا كانت الوديعة مما يفسد بالمكث يبيعها المستودع باذن الحاكم ويحفظ ثمنها امانة عنده . لكن اذا لم يبعها ففسدت بالمكث لا يضمن

لانه حفظ الوديعة كما امر به وان باعها بغير اذن الحاكم فان كان في موضع يتوصل الى القاضي قبل ان تفسد ضمن والا لا (تتار خانية)

✻ المادة ٧٨٦ ✻ الوديعة التي تحتاج الى النفقة كالخيل والبقر نفقتها على صاحبها واذا كان صاحبها غائباً يرفع المستودع الامر الى الحاكم والحاكم حينئذ يأمر باجراء الانفع والاصلح في حق صاحب الوديعة . فان كان يمكن ايجار الوديعة يؤجرها المستودع براي الحاكم وينفق عليها من اجرتها ويحفظ الفائض للمودع او يبيعها بثمن مثلها . واذا لم يمكن ايجارها

يبيعها فوراً بثمن المثل او ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة ايام ثم يبيعها بثمن مثلها ثم يطلب نفقة تلك الايام الثلاثة من صاحبها واذا انفق عليها بدون اذن الحاكم فليس له مطالبة صاحبها بما انفقه عليها

لانه يكون متبرعاً ولو لم ينفق عليها المستودع حتى هلكت يضمن ولا ينبغي للقاضي ان يأذن المستودع بالانفاق على الوديعة او ببيعها قبل ان يطلب منه البينة على كون الوديعة عنده وعلى كون المالك غائباً لانه يحتمل ان تكون في يده بطريق الغصب كما يحتمل ان يكون المالك حاضراً (رد محتار ملخصاً) وهذه البينة لاستكشاف الحال لا للحكم فلا يشترط لسماعها حضور خصم

﴿ المادة ٧٨٧ ﴾ اذا هلكت الوديعة او نقصت قيمتها بتعدي المستودع او بتقصيره لزمه الضمان . مثلاً اذا انفق المستودع نقود الوديعة في امور نفسه او استهلكها ضمنها . وفي هذه الصورة اذا انفق النقود التي هي امانة عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدلها في الكيس المعد لها فهلك او ضاع بدون تعدٍ ولا تقصير منه كان ضامناً

لانه لا يبرأ ما لم يصل البدل ليد المودع و بوضعه في الكيس لا يحصل ذلك اذ لا يصح ان يكون الواحد دافعاً وقابضاً معاً . ولو انفق بعضها فهلك الباقي ضمن ما انفق فقط لان الضمان يجب بقدر الخيانة وقد خان في البعض دون البعض و يعمل بقوله في الانفاق بيمينه (مجمع الانهر)

وكذا لو ركب دابة الوديعة بدون اذن المودع فهلكت وهو ذاهب بها فانهُ يضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعة السير فوق الوجه المعتاد او بسبب آخر او بلا سبب

وكذا لو لبس الثوب فتمزق . ثم انه اذا امعن النظر في هذه الفقرة والفقرة السابقة يرى ان ضمان الوديع مقيد بهلاك الوديعة وقت التعدي . اما ان ازال التعدي بان ترك اللبس والركوب قبل هلاك الوديعة زال الضمان بشرطين الاول ان يصدقه المالك في

العود الى الوفاق . لانه ان كذبه لا يبرأ الا ان يقيم البينة على العود الى الوفاق (حموي) .
الثاني ان لا يكون الايداع موقتاً لانه اذا كان موقتاً لمدة فتعدى بعدها ثم ازال
التعدي لا يزول الضمان (جامع الفصولين) . ومثل الوديع الوكيل بالبيع او بالحفظ او
بالاجارة او بالاستئجار والمضارب والمستبضع والشريك عناناً او مفاوضة ومستعير
الرهن اذا تعدوا ثم عادوا الى الوفاق برئوا عن الضمان . كما اذا استعار دابة ليرهنها
فركبها ثم رهنها بمال بمثل القيمة ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا
ضمان على الراهن لانهُ قد برئ من الضمان حين رهنها بخلاف المستعير والمستاجر
فانهما اذا تعديا ثم ازالا التعدي لا يبرآن عن الضمان لان قبضهما كان لانفسهما
لاستيفائهما المنفعة فبازالة التعدي عن العين لم يوجد الرد الى صاحبها . بخلاف من
استثنى فان يده كيد المالك فمتى زال التعدي عادت يد المالك حكماً اه ملخصاً عن
الاشباه وحاشيتها للحموي

وكذا يضمنها اذا سرقت في الطريق . وكذا اذا وقع حريق ولم ينقل
الوديعة الى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحترقت فانه يضمن

وكذا يضمن لو خرج وترك الباب مفتوحاً لو لم يكن في الدار احد ولم يكن في
مكان يسمع حس الداخل (رد محتار) . وفيه جعل الوديعة في الكرم فلو له حائط
بحيث لا يرى المارة ما في الكرم لا يضمن اذا اغلق الباب والا ضمن . ولو ربط الوديعة
في طرف كمه او عمامته او شدها في منديل ووضعه في كمه او القاها في جيبه ولم تقع
فيه وهو يظن انها وقعت فيه لا يضمن اه

﴿ المادة ٧٨٨ ﴾ خلط الوديعة بدون اذن المودع بمال آخر
بحيث لا يمكن تميزها وتفريقها عنه يعد تعدياً . بناء عليه لو خلط المستودع بلا
اذن دنانير الوديعة بدنانير له او بدنانير متماثلة مودوعة عنده لآخر فضاعت
اوسرقت لزمه الضمان . ولو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط

ولو صغيرا ولا يضمن ابوه وكذا الحكم لو خلطها المستودع بمال نفسه بحيث لا
تتميز الا بكلفة كحنطة بشعير (در مختار) . وفي رد المحتار لو خلط المتولي ماله بمال الوقف
لا يضمن . وكذا القاضي والوصي اذا خلطا مالها بمال اليتيم . وكذا السمسار اذا خلط

مال رجل بمال رجل اخر . ولو خلط بماله ضمن . و ينبغي ان يكون الاب كذلك يؤيده ما في جامع الفصولين لا يصير الاب غاصباً باخذ مال ولده الصغير وله اخذه بلا شيء لو محتاجاً والا فلو اخذه لحفظه فلا يضمن الا اذا اتلفه بلا حاجة اه بل هو اولى من الوصي تأمل اه . والمفهوم من كلام المتون كالتنوير والكنز والملتقى ان مجرد الخلط موجب للضمان ضاعت الوديعة اولا . وعلى هذا ليس قوله في متن المادة فضاعت او سرقت قيدا احترازياً

﴿ المادة ٧٨٩ ﴾ اذا خلط المستودع الوديعة باذن صاحبها على الوجه الذي ذكر في المادة السابقة او اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق احد المالين عن الآخر كما اذا تهرى الكيس الذي فيه دنانير الوديعة داخل صندوق فيه دنانير اخر للمستودع مماثلة لها فاختلط المالان اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنانير كل منهما على قدر حصته . وفي هذه الصورة اذا هلكت او ضاعت بلا تعدٍ ولا تقصير لا يلزم الضمان

ولو انفق المودع بعض الوديعة ثم رد مثله وخلطه بالباقي خلطاً لا يتميز معه ضمن الكل (تنوير) اي فيضمن البعض بالانفاق والبعض بالخلط (طحطاوي)

﴿ المادة ٧٩٠ ﴾ ليس للمستودع ايداع الوديعة عند آخر بدون اذن . وان اودعها فهلكت صار ضامناً ثم اذا كان هلاكها عند المستودع الثاني بتقصير او تعدٍ منه فالمودع مخير ان شاء ضمنها للمستودع الاول وان شاء ضمنها للثاني فاذا ضمنها للمستودع الاول يرجع على الثاني بما ضمنه

وان ضمن الثاني لا يرجع على الاول (هندية) واما اذا هلكت عند المستودع الثاني بدون تعدٍ ولا تقصير ضمن الاول فقط . لان مودع المودع لا يضمن (تنوير) لكونه قبض المال من يد امين . ثم اعلم ان المستودع الاول انما يضمن اذا اودع الوديعة وهلكت بعد ان فارقها واما قبله فلا ضمان على احد لان الثاني قبض المال من يد

امين كما مر والاول لا يكون بالدفع ضميناً ما لم يفارق لحضور رايه فاذا فارق فقد ترك الحفظ اللازم بالتزامه فيضمن بتر (مجمع الانهر) واذا استرد المستودع الاول الوديعة من الثاني ثم هلكت عنده برئ من الضمان لعوده الى الوفاق كما قدمنا في شرح المادة ٧٨٧ ولو قال المالك هلكت عند الثاني وقال المستودع هلكت عندي بعد ان ردها لم يصدق بقوله لانه اقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق الا ببينة (جامع الفصولين) اما اذا غصبت الوديعة من الوديع فادعى الوديع الرد يصدق لانه لم يفعل ما يوجب الضمان فهو على ما كان امين عند الرد وقبله وبعده بخلاف دفعه للاجنبي لانه موجب للضمان (رد محتار)

استطراد: اصاب الوديعة شيء فامر الوديع رجلاً ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء لكن ان ضمن المعالج رجع على الاول ان لم يعلم انها لغيره وان علم لا يرجع (در مختار) ولكن في جامع الفصولين انه يرجع سوا علم انها للغير او لم يعلم الا اذا قال المودع ليست لي او لم امره بذلك فحينئذ لا يرجع اه

﴿المادة ٧٩١﴾ اذا اودع المستودع الاول الوديعة عند آخر فاجاز المودع خرج المستودع الاول من العهدة وصار الثاني مستودعاً

وكذا بالاولى اذا اودعها المستودع الاول باذن المودع فانه يخرج من الضمان (رد محتار)

﴿المادة ٧٩٢﴾ كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة باذن صاحبها فله ان يؤجرها او يعيرها لآخر وان يرهنها ايضاً. اما لو اجرها او اعارها لآخر او رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت او نقصت قيمتها في يد المستأجر او المستعير او المرتهن فانه يضمن

لانه تصرف بملك غيره بدون اذنه راجع المادة ٩٦ وليس له ان يرجع على المستأجر او المستعير بما ضمن اذا لم تكن الوديعة قد هلكت بتعديهما او تقصيرهما راجع المادتين ٦٠٠ و ٦٠ وانظر المادة ٨٣١ وكذا حكم المرتهن الا انه اذا هلكت الوديعة في يده بدون تعد ولا تقصير ولئن كان لا يضمن القيمة بالغة ما بلغت الا انه يضمنها بالاقل من القيمة ومن الدين كما قدمنا في شرح المادة ٧٢٩

﴿ المادة ٧٩٣ ﴾ اذا اقرض المستودع نقود الوديعة لآخر بلا اذن ولم يجز صاحبها ضمنها المستودع . وكذا لو ادّى المستودع دين المودع الذي بذمته لآخر من النقود المودعة عنده فلم يرضَ المودع ضمنها ايضاً

واما لو رضي او اجاز فلا ضمان على المستودع راجع المادة ٦٥٠ وشرحها غير انه يشترط لصحة الاجازة بقاء الوديعة فلو هلكت فلا تصح الاجازة وفي جامع الفصولين اقرض مال غيره فاجاز ربه يكون المقرض رب المال وان لم يجز وضمن القابض برىء الدافع وان ضمن الدافع ملك ما دفعه بضمانه اه

استطراد : وللمودع ان يسافر بالوديعة ولو كان لها حمل ومؤنة عند عدم نهي المالك وعدم الخوف عليها بالاخراج . فلو نهاه او خاف فان له بد من السفر ضمن والا فان سافر بنفسه ضمن و باهله لا (در مختار) ولكن المودع باجر ليس له ان يسافر بالوديعة لتعيين مكان العقد للحفظ (جامع الفصولين) ولو سافر بالوديعة في البحر ضمن اجماعاً (مجمع الانهر) . قلت وهذا مبني على احوال تلك الايام فان السفر بحراً في سفنهم الشراعية كان الغالب منه الهلاك اما في زماننا فالغالب السلامة لفخامة السفن وتسييرها بالبخار فلذلك ولكونهم تعارفوا نقل الاموال التجارية بالبحار يرى ان السفر بالوديعة بحراً اصبح امراً جائزاً (تكملة رد المحتار بتصرف)

﴿ المادة ٧٩٤ ﴾ يلزم رد الوديعة الى صاحبها اذا طلبها

فلو ردها الوديع برىء ولكن لو اتى بها ووضعها في منزل المودع وضاعت ضمن وكذا لو دفعها الى ابن المودع او الى احد ممن في عياله فضاعت ضمن و به يفتى (هندية)

ومؤنة الرد والتسليم عائدة على المودع

حتى لو نقلها الوديع من محلة الى اخرى او سافر بالوديعة في الموضع الذي يجوز له السفر بها كانت مؤنة الرد على صاحبها (هندية)

واذا طلبها المودع فلم يسلمها المستودع وهلكت او ضاعت ضمنها المستودع الا اذا قال للمودع لا يمكني احضارها الساعة فتركها المودع وذهب ان تركها عن

رضا فهلكت لا يضمن لانه لما ذهب فقد انشا الوديعة وان كان من غير رضا يضمن ولو كان الذي طلب الوديعة وكيل المالك يضمن في كل حال لانه ليس له انشا الوديعة بخلاف المالك (رد محتار) . وفيه ورسول المودع اذا طلب الوديعة فقال المستودع لا ادفع الا للذي جاء بها ولم يدفع الى الرسول حتى هلكت ضمن . وفيه نظر بدليل ان المستودع اذا صدق من ادعى انه وكيل بقبض الوديعة فلا يؤمر بدفع الوديعة اليه ولكن لقائل ان يفرق بين الوكيل والرسول لان الرسول ينطق على لسان المرسل وليس كذلك الوكيل اه

ولكن اذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئاً عن عذر، بان كانت حينئذٍ في محل بعيد ثم هلكت اوضاعت فلا يلزم الضمان

وكذا لا يضمن اذا منعها بسبب خوفه على نفسه او على ماله بان كان مدفوناً معها (در مختار) . وفي التنوير لو كانت الوديعة سيفاً اراد صاحبه ان ياخذه ليضرب به رجلاً فله المنع من الدفع كما لو اودعت امرأة كتاباً فيه اقرار منها للزوج بمال او بقبض مهرها منه فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج اه

تنبيه : اذا ادعى الوديع رد الوديعة او هلاكها صدق بيمينه ، وان مات قبل ان يحلف لا يحلف وارثه (حامدية عن البزازية)

﴿ المادة ٧٩٥ ﴾ يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته او على يد امينة واذا ارسلها او ردّها بواسطة امينة فهلكت او ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تعدٍ ولا تقصير فلا ضمان

وكذا اذا ردها بواسطة من في عياله لانه حيث كان له ان يحفظ الوديعة بمن في عياله وبامينه جاز له ان يردها معهم واذا هلكت حينئذ بلا تعدٍ ولا تقصير لا يضمن الا اذا ردها مع ابنه الصغير غير المميز فانه يضمن (هندية) ويضمن ايضاً اذا جحدها عند صاحبها بعد ان طلبها صاحبها منه سواء اقر بها بعد ذلك ام لا لان المالك بطلبها قد عزله عن الحفظ فهو بالامساك بعده غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار لم يبرأ عن الضمان لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد (درر) غير ان الضمان هنا مقيد بثلاثة شروط الاول ان يجحدها عند طلبها من مالكها ومن وكيله فلو سأله عن

حالها فجحدها فهلكت لم يضمن (در مختار) الثاني ان لا يكون حاضراً وقت الطلب من يخاف منه على الوديعة فلو كان لا يضمن لانه من باب الحفظ (در مختار) الثالث ان لا يحضرها بعد الانكار لانه لو انكرها ثم احضرها لم يضمن (تنوير) وزاد بعضهم شرطاً آخر وهو ان ينقلها من مكانها الذي كانت فيه وقت الانكار وسيأتي تمامه في شرح المادة ٩٠١ وفي جامع الفصولين ولو طلب الوديعة صاحبها فقال الوديع اطلبها غداً فقال في الغد تلفت قبل قولي اطلبها غداً ضمن لتناقضه لا بعده اه

❋ المادة ٧٩٦ ❋ اذا اودع رجلان مالاً مشتركاً لهما عند رجل ثم جاء احد الشريكين في غيبة الآخر وطلب حصته من المستودع فان كانت الوديعة من المثليات اعطاه المستودع حصته.

ولكن لا يكون ذلك قسمة اتفاقاً حتى اذا هلك الباقي رجع الغائب على الآخذ بحصته ان شاء (طحطاوي) وان شاء رجع على الدافع ويرجع الدافع بها على القابض (هندية) ولكن لو هلك المقبوض في يد القابض فليس له ان يشارك الغائب فيما بقي (طحطاوي) انظر المادة ١١١٧

وان كانت من القيميات فلا يعطيه اياها

ولو فعل ضمن حصة الغائب وله الرجوع بما ضمن على القابض (رد محتار) والفرق بين المثلي والقيمي ان المثلي غالب فيه معنى الافراز فيجوز للوديع الدفع فيه والقيمي غالب فيه معنى المبادلة فلا يجوز له الدفع فيه بغياب الشريك لان المبادلة لا تتم بدون رضا والرضا لا يتحقق من الغائب انظر المادتين ١١١٧ و١١١٨

❋ المادة ٧٩٧ ❋ يعتبر مكان الايداع في تسليم الوديعة مثلاً لو اودع مال في استانبول يسلم في استانبول ايضاً ولا يجبر المستودع على تسليمه في ادرنه

لانه لو اجبر على تسليمه في ادرنه يكون قد تحمل الوديع مؤنة الرد والحال ان مؤنة الرد على المالك اجماعاً (رد محتار)

❋ المادة ٧٩٨ ❋ منافع الوديعة لصاحبها فنتاج الحيوان المودع

اي فلوه ولبنه وشعره لصاحب الحيوان

كان الاولى ان يعبر عن ذلك بالزوائد لانه منها لا من المنافع فالزوائد للمودع لانها تولدت من ماله فاذا استهلكها الوديع بلا اذن صاحبها ضمنها ضمان الغصب وان خاف عليها الفساد رفع الامر الى الحاكم ليامره ببيعها وان باعها بلا امره ضمن راجع المادة ٧٨٥ وشرحها

اما المنافع فليست للمودع وعلى هذا لو آجر المستودع الوديعة فالاجرة له لانها وجبت بعقده راجع شرح المادة ٤٤٧

﴿ المادة ٧٩٩ ﴾ اذا كان صاحب الوديعة غائباً ففرض الحاكم من النقود المودعة نفقة لمن وجبت نفقته على صاحب الوديعة وذلك بطلبه فانفق المستودع تلك النفقة المفروضة من النقود المودعة فلا ضمان عليه. اما اذا صرف بدون امر الحاكم فانه يضمن

لتصرفه في مال غيره بدون اذن ولا ولاية راجع المادة ٩٦ ولا يرجع على من انفق عليه (ملتقى) ولكن لو كان في مكان لا يمكنه مراجعة الحاكم فلا يضمن استحساناً (بحر) وكذا لو انفق الابوان مال ابنهما الغائب على انفسهما لا يضمنان اذا كان من جنس النفقة لان نفقتهما واجبة عليه قبل القضا فاستوفيا حقهما (درر) ثم اعلم انه انما يسوغ للحاكم ان يأمر الوديع بالانفاق على من تجب نفقته على المودع اذا كانت الوديعة من جنس حقهم اي دراهم ودنانير او طعاماً او كسوة من جنس حقهم بخلاف ما اذا كانت من غير جنسه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب للانفاق بالوفاق ويشترط ايضاً اقرار الوديع بالمال المودع عنده و بالاسباب الموجبة للنفقة كالزوجية والنسب ثم يحلف القاضي طالب النفقة اي الزوجة او الاولاد مثلاً على ان الغائب لم يعطهم نفقة و ياخذ عليهم كفيلاً (درر ملخصاً) وفي الخانية لو انكر الوديع كون ذلك المال في يده كان القول قوله ولا يمين عليه اه. ثم ان المراد بالغائب هنا من كانت غيبته مدة سفر (انظر المادة ١٦٦٤) فانه فيما دون السفر يسهل احضاره ومراجعته وهو قيد حسن يجب حفظه (مجمع الانهر في باب النفقة)

﴿ المادة ٨٠٠ ﴾ اذا عرض للمستودع جنون بحيث لا ترجى افاقته

ولا صحوه منه وكان قد استودع مالاً قبل جنونه فلم يوجد عنده ذلك المال بعينه كان للمودع ان يعطي كفيلاً ملياً و يأخذ ضمانه من مال المجنون ثم اذا افاق المجنون فادعى رد الوديعة لصاحبها او هلاكها بلا تعدٍ ولا تقصير يصدق بيمينه و يسترد ما اخذ من ماله بدل الوديعة

﴿ المادة ٨٠١ ﴾ اذا مات المستودع ووجدت الوديعة عيناً في تركته كانت امانة في يد وارثهِ فيردها لصاحبها. اما اذا لم توجد عيناً في تركتهِ فان اثبت الوارث ان المستودع قد بين حال الوديعة في حياته كأن قال رددت الوديعة لصاحبها او قال ضاعت بلا تعد لا يلزم الضمان

لان الثابت بالبيان كالثابت بالعيان ولا يمين على الوارث في هذه الصورة. قال في الانقروي ادعى المودع رد الوديعة او هلاكها ومات قبل ان يحلف لا يحلف وارثه نص عليه في الجامع الكبير اه. وان لم يثبت الوارث ذلك فلا يصدق بيمينه. بخلاف المسالة الاتية وكذا لا يصدق ايضاً بلا بينة فيما لو قال رب الوديعة مات المستودع مجهلاً وقال وارثه كانت قائمة يوم موته ومعروفة ثم هلكت بعد موته بل يصدق ربها هو الصحيح اذ الوديعة صارت ديناً في التركة في الظاهر فلا يصدق الوارث (جامع الفصولين)

وكذا لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة وفسرها ببيان اوصافها ثم قال انها هلكت او ضاعت بعد وفاة المستودع صدق بيمينهِ ولا ضمان حينئذ

لان الوارث كالمستودع فيقبل قوله في الهلاك اذا فسرها فهو مثله بهذه الصورة (رد محتار)

واذا كان المستودع لم يبين حال الوديعة فيعد انه مات مجهلاً فتستوفى الوديعة من تركتهِ كسائر ديونهِ. وكذا لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة بدون ان يفسرها و يصفها لا يعتبر قوله انها ضاعت وفي هذه الصورة اذا لم يثبت انها ضاعت وجب الضمان على التركة

فتستوفى قيمة الوديعة من التركة بنسبة ديون الصحة (هندية) ويكون المودع اسوة للغرماء لا اولوية له على احدهم (طحطاوي) واذا وجد بعض الوديعة وفقد بعضها فان كان المستودع قد مات مجهلاً اخذ المودع الموجود ورجع بالمفقود في التركة وان لم يمت الوديع مجهلاً اخذ المودع الموجود فقط (حامدية) وفيها تقبل البينة من المالك على قيمة الوديعة والا فالقول للورثة بيمينهم اه ، وفي رد المحتار الوديع والمضارب والمستعير والمستبضع والشريك والمفاوض والمستأجر والوكيل بالقبض وكل من كان المال بيده امانة اذا مات مجهلاً اي قبل البيان ولم تعرف الامانة بعينها فانه يكون ديناً عليه في تركته لانه صار مستهلكاً للامانة بالتجهيل . ومعنى موته مجهلاً ان لا يبين حال الامانة . وسئل ابن نجيم عما لو قال المريض عندي ورقة في الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا اعرف قدرها ثم مات ولم توجد فاجاب انه من التجهيل لقوله في البدائع هو ان يموت قبل البيان ولم تعرف الامانة بعينها اه ملخصاً . وكذا يضمن بالتجهيل الزائد في الرهن على قدر الدين لان ما تضمن به الوديعة يضمن به الرهن فاذا مات المرتهن مجهلاً يضمن ما زاد (حموي) . والحاصل ان كل امين مات مجهلاً لما في يده من الامانة يضمن الا في ستة عشر : الوصي اذا مات مجهلاً فلا ضمان عليه . وكذا الاب اذا مات مجهلاً مال ابنه (جامع الفصولين) وكذا الجد الصحيح ووصيه ووصي القاضي (در مختار) والوارث اذا مات مجهلاً لما اودع عند مورثه والرجل اذا مات مجهلاً لما القته الريح في بيته او لما وضعه المالك في بيته بغير امره والناظر اذا قبض غلات الوقف ثم مات مجهلاً (اشباه) قيد بالغلة لانه لو مات مجهلاً لمال البدل اي ثمن الارض المستبدلة او لعين الوقف كالدراهم الموقوفة فانه يضمن (حموي) وكذا سائر المحجورين كالمجنون والمعتوه والمديون المفلس والسفيه والمغفل اذا ماتوا مجهلين لما اودع عندهم لا ضمان عليهم (در مختار) ومثلهم الصبي المحجور ولو كان يعقل حتى لو بلغ ثم مات مجهلاً لا يضمن الا ان يشهدوا ان الوديعة كانت في يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا (حموي) وكذا القاضي اذا مات مجهلاً لاموال اليتامى عند من اودعها (اشباه) قيد به لانه لو وضعها في بيته ومات مجهلاً ضمن لانه مودعاً بخلاف ما لو اودع غيره لان له ولاية ايداع مال اليتيم على المعتمد (در مختار) ويظهر من هذا ان الوصي اذا وضع مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً يضمن لان ولايته قد تكون مستمدة من القاضي او الاب فضمانه بالاولى (رد محتار)

﴿ المادة ٨٠٢ ﴾ اذا مات المودع تسلم الوديعة لوارثه

لقيامه مقام المورث الا انه اذا كان الوارث اثنين فيجب تسليم كل منهما حصته من الوديعة ان كانت قابلة للقسمة والا فتسلم لهما معاً وان سلمها الوديع لاحدهما ضمن حصة الآخر كما في فتاوى علي افندي

ولكن اذا كانت التركة مستغرقة بالدين يرفع الامر الى الحاكم فان سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فهلكت ضمن المستودع

قيمة الوديعة لغرماء المودع لتعلق حقهم بها لان وفاء الدين مقدم على الارث (هندية)

﴿ المادة ٨٠٣ ﴾ الوديعة متى وجب ضمانها فان كانت من المثليات تضمن بمثلها وان كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان

خاتمة : مع رجل الف ادعى رجلان كل منهما انه له اودعه اياه فنكل عن الحلف لهما فهو لهما وعليه الف آخر بينهما (ملتقى) وان حلف لهما فلا شيء لهما عليه لعدم الحجة ولو حلف لاحدهما ونكل للآخر فالالف لمن نكل له (مجمع الانهر) وفيه اشارة الى ان المودع يحلف اذا انكر الايداع كما اذا ادعى الرد او الهلاك اما لنفي التهمة او لانكاره الضمان (رد محتار) وفي التنوير قال رب الوديعة ادفعها الى فلان فقال دفعت وكذبه في الدفع فلان صدق الوديع بيمينه لانه امين ولو قال المودع لا ادري كيف ذهبت لا يضمن على الاصح كما لو قال ذهبت ولا ادري كيف ذهبت اه . فان القول قوله بخلاف قوله لا ادري أضاعت ام لم تضع او لا ادري وضعتها او دفنتها في داري او في موضع آخر فانه يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه قال سرقت من المكان المدفونة فيه لا يضمن (در مختار) ولكن لو بين مكان الدفن بان قال دفنت في داري وسرقت ضمن (خانية) وفيها دفع الى دلال ثوباً ليبيعهُ ثم قال الدلال وقع الثوب من يدي وضاع ولا ادري كيف ضاع لا يضمن ولو قال نسيت ولا ادري في اي حانوت وضعت ضمن اه . وفي الحامدية لو نام الوديع ووضع الوديعة تحت رأسه او جنبه فضاعت لا يضمن وكذلك ان وضعها بين يديه في الصحيح واليه مال السرخسي قالوا وانما لا يجب الضمان في الفصل الثاني اذا نام قاعداً اما لو نام مضطجعاً يضمن وهذا اذا كان في الحضر اما اذا كان في السفر فلا ضمان نام قاعداً او

مضطجعاً كذا في الذخيرة . وذكر في العدة لو نام واضعاً جنبه على الارض فضاعت الوديعة يضمن وان نام قاعداً لا يضمن وفي السفر لا يضمن في الوجهين اه . وفيها دخل النمل الى الصندوق وافسد بعض الامتعة لا يضمن المودع وكذا اذا استودع عنده ما يقع فيه السوس في زمن الصيف فلم يبرده في الهواء حتى وقع فيه السوس وافسده لا يضمن اما لو افسده الفار وقد عرف المودع ثقب الفارة فلو اعلم ربها ثقب الفارة برئ ولو لم يعلمه بعد ما علم ولم يسده ضمن اه ملخصاً

الباب الثالث

في العارية ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في المسائل المتعلقة بعقد الاعارة وشروطها

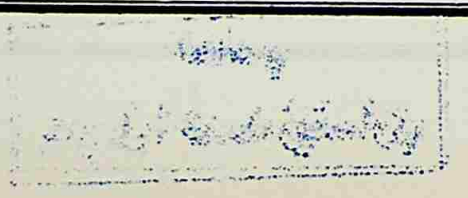
الاعارة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع (طحطاوي)

✻ المادة ٨٠٤ ✻ الاعارة تنعقد بالايجاب والقبول او بالتعاطي . مثلاً لو قال واحد لآخر اعرتك مالي هذا او قال اعطيتك اياه عارية فقال الاخر قبلت او قبضه ولم يقل شيئاً . او قال رجل لانسان اعطني هذا المال عارية فاعطاه اياه انعقدت الاعارة

وتصح باعرتك واطعمتك ارضي اي غلتها وداري لك سكنى وداري لك عمرى سكنى (اي جعلت لك سكناها مدة عمرك) (تنوير) و باجرتك داري شهراً مجاناً فلو لم يقل شهراً لا تكون اعارة بل اجارة فاسدة وقيل بخلافه (تاترخانية)

✻ المادة ٨٠٥ ✻ سكوت المعير لا يعد قبولاً فلو طلب رجل من آخر اعارة شيء فسكت صاحب ذلك الشيء ثم اخذه المستعير كان غاصباً

اذ لا بد من القبول قولاً او فعلاً . وفي الهندية بعث رسولاً الى رجل يستعير منه



متاعاً فذهب الرسول فلم يجد صاحب المتاع في منزله ووجد المتاع فاخذه وجاء به الى المستعير ولم يقل له شيئاً وضاع في يد المستعير فلصاحب المتاع ان يضمن الرسول وله ان يضمن المستعير وايهما ضمن لم يكن له ان يرجع على الآخر اه

✲ المادة ٨٠٦ ✲ للمعير ان يرجع عن الاعارة متى شاء

ولو كانت موقتة او كان في الرجوع عنها ضرر كما سيأتي في المادتين ١٨٣١و٧٣٢ لكونها عقداً غير لازم وان لم يرجع المعير عن اعارته فلوارثه او المشتري منه الرجوع عنها. فلو استعار جدار جاره لوضع جذوعه فوضعها او حفر سرداباً في دار جاره باذنه ثم باع الجار جداره او داره واراد المشتري ان يرفع الجذوع او السرداب كان له ذلك الا اذا كان البائع قد شرط في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار فحينئذٍ لا يكون للمشتري ان يطالبه برفع ذلك (خانية) ولو لم يبع المعير داره وجداره بل مات فلوارثه ان يامر برفع الجذوع والسرداب بكل حال اي ولو مع شرط القرار وقت وضع الجذوع وحفر السرداب بخلاف المشتري حيث لا يتمكن من الرفع مع هذا الشرط (طحطاوي) ومنه يعلم ان من اذن احد ورثته ببناء محل في داره ثم مات فلباقي الورثة مطالبته برفعه ان لم تقع القسمة ولم يخرج في قسمه (رد محتار)

✲ المادة ٨٠٧ ✲ تنفسخ الاعارة بموت المعير او المستعير

فلو مات المعير فلورثته الرجوع ولو مات المستعير فليس لورثته الانتفاع حتى لو استعملوا العارية فهلكت ضمنوا وهذه فائدة الفسخ كما لا يخفى (طحطاوي)

✲ المادة ٨٠٨ ✲ يشترط ان يكون الشيء المستعار صالحاً للانتفاع به بناءً عليه لا تصح اعارة الحيوان الناد الفار ولا استعارتهُ

ولا تكون الاعارة الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه فاعارة الثمنين والمكيل والموزون والعددي المتقارب قرض لان الانتفاع بها انما يكون باستهلاك عينها فاقتضى ان تكون اعارتها تمليكاً وذلك يكون بالهبة او القرض لكنها تحمل على القرض لكونه ادنى ضرراً لانه يوجب رد المثل سواء هلكت بالانتفاع او قبله الا انه اذا اعار الثمنين وعين انتفاعاً يمكن رد العين بعده. كما اذا استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً او ليزين بها حانوتاً صارت اعارة لا قرضاً (مجمع الانهر)

﴿ المادة ٨٠٩ ﴾ يشترط ان يكون المعير والمستعير عاقلين مميزين ولا يشترط بلوغهما بناءً عليه لا تجوز اعارة المجنون ولا الصبي غير المميز واما الصبي المأذون فتجوز اعارته واستعارته

﴿ المادة ٨١٠ ﴾ القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض

لانها من التبرعات وقد مر في المادة ٥٧ ان التبرع لا يتم الا بالقبض. ثم انه لا بد في القبض من ان يكون باذن المالك صراحةً او دلالة . فلو طلب شخص من رجل ثوراً عارية فقال اعطيك غداً فلما كان الغد ذهب الطالب واخذه بغير اذنه واستعمله فمات الثور ضمن قيمته كما في البزازية وغيرها لانه اخذ الثور بلا اذن صاحبه . ولو استعار من آخر ثوره غداً ، فقال نعم ، فجاء المستعير غداً فاخذه فهلك لا يضمن لانه استعاره منه غداً وقال نعم فانعقدت الاعارة . وفي المسألة الاولى وعد الاعارة لا غير (رد محتار) اي لانه اذا انعقدت الاعارة وجد الاذن بالقبض دلالة فلا يضمن بخلاف الوعد لانه لا يتضمن الاذن بالقبض . وفي التنوير ان المستعير لا يضمن في الصورة الاولى ايضاً والله اعلم

﴿ المادة ٨١١ ﴾ يلزم تعيين المستعار . وبناء عليه اذا اعار احدى دابتين بدون تعيين ولا تخيير لا تصح الاعارة بل يلزم ان يعين المعير منهما الدابة التي يريد اعارتها ولكن اذا قال المعير للمستعير خذ ايتهما شئت عارية وخيّره صحت العارية

ولا ضمان حينئذٍ على المستعير اذا هلك المستعار في يده بدون تعدٍ ولا تقصير

تتمة : تصح اعارة المشاع وايداعه كيف ما كان في التي تحتمل القسمة اولا من الشريك او من اجنبي وكذا اعارة الشيء من اثنين اجمل او فصل بالتنصيفة او بالاثلاث (رد محتار)

الفصل الثاني

في احكام العارية وضمانها

❋ المادة ٨١٢ ❋ المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل فليس للمعير ان يطلب من المستعير اجرتها بعد الاستعمال

لان الاعارة تمليك المنفعة مجاناً اي بلا عوض ٠ وشرطها خلوها من شرط العوض لانها تصير اجارة (در مختار) بخلاف العكس اي ان الاجارة بلا عوض لا تنعقد اعارة بل تكون اجارة فاسدة (خانية) ٠ وفي الدر المختار استعار ارضاً ليبني و يسكن واذا خرج فالبنا للمالك ، فللمالك اجر مثلها مقدار السكنى والبنا للمستعير لان الاعارة تمليك بلا عوض فكانت اجارة معنى وفسدت بجهالة المدة اه ٠ وفسدت بجهالة الاجرة ايضاً لان البنا مجهول فوجب اجر المثل ٠ والحاصل ان الاجارة فاسدة سواء بيّن المدة او لا لبقاء جهالة الاجرة (رد محتار)

❋ المادة ٨١٣ ❋ العارية امانة في يد المستعير ، فاذا هلكت او ضاعت او نقصت قيمتها بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يلزمه الضمان ٠ مثلاً اذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير بلا عمد او زلقت رجله فسقطت المرآة فانكسرت لا يلزم الضمان ٠ وكذا لو وقع على البساط المعار شيء فتلوّث به ونقصت قيمته فلا ضمان ايضاً

ولو شرطه المعير لان اشتراط الضمان في الامانات باطل (اشباه) ولكن اذا هلكت العارية في يد المستعير ثم استحقها اجنبي فله تضمين المستعير ولا رجوع على المعير وللمستحق ايضاً ان يضمن المعير ولا رجوع له على المستعير (مجمع الانهر) لانه قابض باذنه ٠ بخلاف المستودع اذا ضمنه المستحق حيث له ان يرجع على المودع ٠ وقد استوفينا الكلام على ذلك في شرح المادة ٦٥٨ فراجعه ٠ وتضمن العارية ايضاً اذا مات المستعير مجهلاً كما هو الحكم في سائر الامانات (اشباه) راجع شرح المادة ٨٠١

﴿ المادة ٨١٤ ﴾ اذا حصل من المستعير تعدٍ او تقصير بحق العارية ثم هلكت او نقصت قيمتها ضمن المستعير اياً كان سبب الهلاك او النقصان . مثلاً اذا ذهب المستعير بالدابة المعارة الى محل مسافته يومان في يوم واحد فتلفت تلك الدابة او هزلت ونقصت قيمتها لزم الضمان . وكذا لو استعار دابة ليذهب بها الى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل ثم هلكت الدابه حتف انفها لزم الضمان ايضاً

وان جاوز ذلك المحل ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ من الضمان الا اذا استعارها ذاهباً وجائياً فانه يبرا في الاصح (هندية) بخلاف المرتهن والمستودع فانهما يبرآن بالعود الى الوفاق مطلقاً ولو ذهب المستعير الى مكان غير المسمى ضمن ولو كان اقصر منه وكذا لو امسكها في بيته ولم يذهب الى المسمى اي فانه يضمن لانه اعارها للذهاب لا للامساك في البيت (رد محتار عن قاضيخان) . وفيه استعار من آخر شيئاً فدفعه ولده الصغير المحجور عليه الى غيره بطريق الاعارة فضاع يضمن الصبي الدافع والمدفوع اليه . ولو استعار كتاباً فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يخبره بالضياع ووعده بالرد ثم اخبره بالضياع قال في بعض المواضع ان لم يكن آيساً من رجوعه فلا ضمان عليه وان كان آيساً ضمن . لكن هذا خلاف ظاهر الرواية قال في الكتاب يضمن لانه متناقض (ولوالجية) .

وكذلك اذا استعار انسان حلياً فوضعه على صبي وتركه بدون ان يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلى ، فان كان الصبي قادراً على حفظ الاشياء التي عليه لايلزم الضمان وان لم يكن قادراً لزم المستعير الضمان

لانه يعد مضيعاً بتركه الحفظ . وكذا يضمن ايضاً لو وضع العارية بين يديه ونام مضطجعاً لتركه الحفظ وهذا في الحضر دون السفر . اذ في السفر لا يضمن نام جالساً او مضطجعاً وسواء كان المستعار تحت راسه او بين يديه او بحواليه (طحطاوي) وان نام جالساً لا يضمن مطلقاً سواء كان في السفر او في الحضر (تنوير) وفي جامع الفصولين ولو نام فقطع رجل مقود الدابة في يده لايضمن في حضر وسفر . ولو اخذ المقود من يده

ضمن لو نام مضطجعاً في الحضر والا فلا اه. وفيه رجل جاء الى مستعير وقال اني استعرت دابة عندك من ربها فلان فامرني بقبضها فصدقه ودفعها اليه ثم انكر المعير امره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض فلو كذبه او لم يصدقه او شرط عليه الضمان فانه يرجع وكل تصرف هو سبب للضمان لو ادعى المستعير انه فعله باذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير ما لم يبرهن اه

﴿ المادة ٨١٥ ﴾ نفقة المستعار على المستعير . فلو ترك المستعير الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن

وذلك لان المستعير ملك منافع العارية مجاناً فكان عليه القيام بنفقتها وفي الهندية قال دفعت لك هذا الحمار لتستعمله وتعلفه من عندك فهو عارية اه

﴿ المادة ٨١٦ ﴾ اذا كانت الاعارة مطلقة اي لم يقيدها المعير بزمان او مكان او بنوع من انواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في اي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده . ولكن يقيد ذلك بالعرف والعادة . مثلاً اذا اعار رجل دابة على الوجه المذكور اعارة مطلقة فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء في الوقت الذي يريده وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل الذي مسافة الذهاب اليه ساعتان في ساعة واحدة . كذلك اذا استعار حجرة في خان استعارة مطلقة كان له ان يسكنها وان يضع فيها امتعته ولكن ليس لهُ ان يستعملها على خلاف العادة كأن يشتغل فيها مثلاً بصنعة الحدادة

وان فعل ضمن اذا تلفت العارية لانه بمقتضى المادة ٤٥ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص . وكذا لو استعار دابة ولم يعين ما يحمل عليها فله ان يحمل ما شاء من اي نوع كان لا الحمل فوق طاقتها اذ مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف وليس من المتعارف الحمل فوق طاقتها (رد محتار) وكذا لو استعار فرساً معداً للركوب ليس له ان يحمله (تكملة رد محتار)

تنبيه : اذا استعار دابة معينة فهي على الذهاب والمجيء لان ردها عليه (درمختار)

﴿ المادة ٨١٧ ﴾ اذا قيدت الاعارة بزمان او مكان صح ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته · مثلاً اذا استعار دابة ليركبها ثلاث ساعات فليس للمستعير ان يركبها اربع ساعات وكذا اذا استعار فرساً ليركبهُ الى محل فليس له ان يركبه الى محل آخر

ولو اقصر منه كما قدمنا في شرح المادة ٨١٤ · ولو فعل وتلفت الدابة ضمن المستعير قيمتها وفي رد المحتار استعار دابة ليركبها في حاجة الى ناحية سمّاها فاخرجها الى النهر ليسقيها في غير تلك الناحية ضمن اذا هلكت · ولو اختلف المعير والمستعير في الانتفاع بالعارية ، فادعى المعير الانتفاع بقول مخصوص في زمن مخصوص ، وادعى المستعير الاطلاق فالقول قول المعير في التقييد لان القول لهُ في اصل الاعارة فكذا في صفتها اه

﴿ المادة ٨١٨ ﴾ اذا قيدت الاعارة بنوع من انواع الانتفاع فليس للمستعير ان يتجاوز ذلك النوع الى ما فوقه

وان فعل ضمن كما لو استعار حانوتاً للحياكة فاستعمله للحدادة فانهدم او حدث به عيب فانه يضمن

لكن له ان يخالف باستعمال العارية الى ما هو مساوٍ لنوع الاستعمال الذي قيدت به او اخف منه مثلاً لو استعار دابة ليحملها حنطة فليس له ان يحملها حديداً او حجارة وانما له ان يحملها شيئاً مساوياً للحنطة او اخف منها · وكذا لو استعار دابة للركوب فليس له ان يحملها · واما الدابة المستعارة للحمل فانها تركب

اعلم ان المخالفة باستعمال العارية على اربعة اوجه : الاول اذا حمل عليها غير ما سمى المالك الا انه مثلما سماه في القدر والجنس كما اذا استعارها ليحمل عليها عشرة اقفزة من هذه الحنطة فحمل عشرة اقفزة من حنطة اخرى او ليحمل عليها من حنطة

نفسه فحمل من حنطة غيره لا ضمان عليه . الثاني ان يخالف في الجنس و بهذه الصورة ان خالف الى شر ضمن وان الى مثل او خير لا يضمن . فاذا استعارها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عشرة اقفزة شعير لا يضمن استحساناً وكذا لو حمل اكثر من عشرة اقفزة شعير الا انه في الوزن مثل الحنطة اي لا يضمن ايضاً في الاصح . بخلاف ما لو استعارها ليحمل عشرة اقفزة شعير فحمل عشرة اقفزة حنطة فانه يضمن لمخالفته الى شر . الثالث ان يخالف الى ما هو اضر بالدابة فان استعارها ليحملها حنطة فحملها حديداً او قطناً او تبناً او حطباً او تمراً ولو بوزن الحنطة فانه يضمن لانه وان استوى الوزن الا ان القطن والحديد اشد ضرراً على الدابة من الحنطة لان الاول يأخذ من ظهرها كثيراً والثاني يجتمع في مكان واحد . الرابع ان يخالف بالقدر كما اذا استعار دابة ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحملها خمسة عشر فهلكت فبهذه الصورة ان علم ان الدابة لا تطيق حمل هذا القدر يضمن المستعير كل قيمتها لان هذا استهلاك ، وان علم انها تطيق ضمن ثلث قيمتها توزيعاً للضمان على قدر المأذون فيه وغير المأذون فيه . بخلاف ما اذا استعار ثوراً ليطحن به عشرة اقفزة حنطة فطحن احد عشر فهلك فانه يضمن جميع القيمة لانه لما طحن عشرة اقفزة فقد انتهى الاذن فاذا استعمل الثور بعد ذلك بغير اذن مالكه يصير غاصباً فيضمن كل القيمة بخلاف الحمل لان حمل الكل عليها يوجد مرة واحدة وهو في البعض مأذون وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان اه ملخصاً عن الهندية والحامدية

﴿ المادة ٨١٩ ﴾ اذا كان المعير اطلق الاعارة بحيث لم يعين المنتفع كان للمستعير ان يستعمل العارية على اطلاقها يعني ان شاء استعملها بنفسه وان شاء اعارها لغيره ليستعملها سواء كانت مما لا يختلف باختلاف المستعملين كالحجرة او مما يختلف باختلاف المستعملين كدابة الركوب . فلو قال رجل لآخر اعرتك حجرتي كان للمستعير ان يسكنها بنفسه وان يسكنها غيره . وكذا لو قال اعرتك هذا الفرس كان للمستعير ان يركبه بنفسه وان يركبه غيره

وكذا لو استعار ثوبًا ولم يعين المعير من يلبسه كان للمستعير ان يلبسه بنفسه او يلبسه من يشاء . غير انهُ اذا كان المستعار مما يختلف بالمستعمل كالدابة والثوب وان جاز للمستعير عند الاطلاق ان يستعمله بنفسهِ او بغيره الا انهُ ايًا فعل اولاً تعين مراداً فيضمن باستعمال غيره ان هلكت العارية حتى لو البس او اركب غيره ولم يركب بنفسهِ بعده هو الصحيح (در مختار عن الكافي)

✲ المادة ٨٢٠ ✲ يعتبر تعيين المنتفع في اعارة الاشياء التي تختلف باختلاف المستعملين

كركوب الدابة ولبس الثوب لان المعير رضي بذلك المعين دون غيره لان ركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي ولبس القصاب ليس كلبس البزاز (مجمع الانهر)

ولا يعتبر في اعارة الاشياء التي لا تختلف به

كالحمل على الدابة والسكنى والزراعة لان التقييد في ما لا يختلف غير مفيد خلافًا للشافعي . لان العارية اباحة المنافع عنده فلا يملك اباحتها لغيره ولنا انها تمليك المنافع فيملك ان يعيرها (مجمع الانهر)

الا انه اذا كان المعير قد نهى المستعير عن اعطائه لغيره فليس للمستعير ان يعيره لآخر ليستعمله . مثلاً لو قال المعير للمستعير اعرتك هذا الفرس لتركبه انت فليس له ان يركبه خادمه ، واما لو قال له اعرتك هذا البيت لتسكنه انت كان للمستعير ان يسكنه وان يسكن فيه غيره . لكن اذا قال له ايضاً لا تسكن فيه غيرك فليس له حينئذٍ ان يسكن فيه غيره

✲ المادة ٨٢١ ✲ اذا استعير فرس ليركب الى محل معين فان كانت الطرق الى ذلك المحل متعددة كان للمستعير ان يذهب من اي طريق شاء من الطرق التي اعتاد الناس الذهاب فيها ، اما لو ذهب في طريق ليس معتاداً السلوك فيه فهلك الفرس لزم الضمان

وكذا لو سلك طريقاً غير آمن فسابت الفرس منه لان مطلق الاذن يصرف الى المتعارف وليس من المتعارف السلوك في طريق غير معتاد او في طريق مخوف راجع المادة ٤٥

وكذلك لو ذهب من طريق غير الذي عينه المعير فهلك الفرس فان كان الطريق الذي سلكه المستعير اطول من الطريق الذي عينه المعير او غير امين او خلاف المعتاد لزمه الضمان

اما لو كان اسهل من الطريق الذي عينه المالك او مثله طولاً وسهولة فلا ضمان على المستعير لمخالفته الى خير او الى مثل لان الاذن بالشيء اذن بما يساويه او بما هو خير منه (مجمع الانهر)

﴿ المادة ٨٢٢ ﴾ اذا طلب رجل من امرأة اعارة شيء هو ملك زوجها فاعارته اياه بلا اذن الزوج فضاع ، فان كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوج عادةً لا يضمن المستعير ولا الزوجة ايضاً ، وان لم يكن ذلك الشيء من الاشياء التي تكون في يد النساء كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنهُ زوجتهُ وان شاء ضمنهُ المستعير

لان الزوجة بهذه الصورة غاصبة وللمالك ان يضمن الغاصب او المستعير منه كما يضمن الغاصب وغاصب الغاصب انظر المادة ٩١٠ . واذا ضمن احدهما هل له الرجوع على الآخر ، لم اره صريحاً والذي يظهر من فروع المذهب انه اذا ضمن الزوجة فلا رجوع لها على المستعير لانه قابض باذنها وقد ملكت العارية بالضمان فظهر انها اعارت ملك نفسها ، وان ضمن المستعير فلا يخلو من ان تكون الزوجة قد اعارته العارية على انها لزوجها او على انها لها، ففي الصورة الاولى لا يرجع اذ لا غرور وفي الصورة الثانية لا يرجع ايضاً لانه وان كان مغروراً الا ان الغرور في قبض يعود نفعه الى القابض اي المستعير . وقد قدمنا في شرح المادة ٦٥٨ ان الغرور انما يوجب الرجوع اذا كان في قبض يعود نفعه الى الدافع كقبض الاجارة والوديعة فان المستأجر او الوديع اذا ضمنه المستحق العين المأجورة او المودعة يرجع على المؤجر والمودع لان قبضه عائد نفعه

اليهما اذ في الاجارة ينتفع المؤجر بالاجرة وفي الوديعة ينتفع المودع بالحفظ بخلاف العارية فان المنفعة فيها للقابض الذي هو المستعير ولا نفع فيها للدافع الذي هو المعير لانها تمليك المنافع مجاناً هذا ما تراى لفهمي القاصر والله تعالى اعلم

﴿ المادة ٨٢٣ ﴾ ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولا ان يرهنها بدون اذن المعير

لان الاعارة دون الرهن والاجارة والشيء لايتضمن ما فوقه (در منتقى) فان اجر المستعير او رهن فهلكت العارية ضمنه المعير قيمتها ولا رجوع للمستعير على احد (تنوير) لانه ملك العارية بالضمان فظهر انه اجر ملك نفسه(در مختار) او ضمن المعير المستأجر لانه قبض مال غيره بغير اذنه ورجع المستأجر على المستعير ان لم يعلم بانه عارية في يده (ملتقى) لان المستعير غره في قبض يعود نفعه لنفسه راجع شرح المادتين ٦٥٨ و ٨٢٢ . اما اذا علم انه في يده عارية فلا يرجع لعدم الغرور فصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالماً به (مجمع الانهر) او ضمن المعير المرتهن لانه قبض مال غيره بلا اذنه و بإداء الضمان يكون الرهن هالكاً على ملك مرتهنه ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لكونه غاصباً لكن يرجع بدينه (رد محتار) ولكن قدمنا في آخر كتاب الرهن عن التنوير والدرر انه اذا استحق الرهن وكان قد هلك في يد المرتهن وضمنه المستحق قيمته فللمرتهن ان يرجع على الراهن بما ضمن و بدينه ايضاً لانتقاض قبضه وعلى ما يظهر ان وجه الفرق بين المسألتين ان المرتهن في الصورة الاولى غاصب فلا يرجع بما ضمن وليس الامر كذلك في الصورة الثانية

واذا استعار مالاً ليرهنه بدين عليه في بلد فليس له ان يرهنه بدين عليه في بلد آخر فاذا رهنه فهلك لزمه الضمان

لقد استوفينا الكلام على ذلك في شرح المادة ٧٢٨ فراجعه

﴿ المادة ٨٢٤ ﴾ للمستعير ان يودع العارية عند اخر فاذا هلكت في يد المستودع بلا تعد ولا تقصير لايلزم الضمان . مثلاً اذا استعار دابة ليذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابة

وعجزت عن المشي فاودعها عند رجل ثم هلكت حتف انفها فلا ضمان

ليس تعبها وعجزها قيداً احترازياً كما يوهم ظاهر العبارة بل قيداً اتفاقياً حتى لو لم تتعب الدابة واودعها المستعير فهلكت حتف انفها لا ضمان عليه . قال في مجمع الانهر واكثرهم على ان للمستعير ان يودع العارية ، منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن فضل و برهان الائمة . قال ظهير الدين وعليه الفتوى اه وفي رد المحتار وللمستعير ان يودع وعليه الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعاً وتمليك المنافع فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى اه

﴿ المادة ٨٢٥ ﴾ متى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها اليه فوراً واذا وقفها واخرها بلا عذر فتلفت العارية او نقصت قيمتها ضمن

وهذا في العارية المطلقة واما في العارية المقيدة بوقت او بعمل مخصوص يجب عليه ردها بعد مضي الوقت المعين او بعد الفراغ من العمل ولو لم يطلبها صاحبها كما يظهر صريحاً من المادة الاتية

﴿ المادة ٨٢٦ ﴾ العارية الموقتة نصاً او دلالةً يلزم ردها للمعير في ختام المدة لكن المكث المعتاد معفو . مثلاً لو استعارت امراة حلياً على ان تستعمله الى عصر اليوم الفلاني لزم رد الحلى المستعار في حلول ذلك الوقت و كذلك لو استعارت حلياً على ان تلبسه في عرس فلان لزم اعادته في ختام ذلك العرس لكن يعفى عن مرور مدة لا بد منها عادة للرد والاعادة

وهل تضمن اذا امسكته ولم تستعمله قال في الحامدية وجامع الفصولين له وكانت العارية موقتة فامسكها بعد الوقت مع امكان الرد وتلفت ضمن سواء توقتت نصاً او دلالةً ولو كانت قد تلفت بدون صنعه وتقصيره و بدون استعماله البتة اه . قلت ونص المادة الآتية تؤيده . ولو استعار الوصي دابة لعمل الصغير ولم يردها حتى هلكت فالضمان على الصبي دون الوصي (هندية)

﴿ المادة ٨٢٧ ﴾ اذا استعير شيء للاستعمال في عمل معين فمتى

انتهى ذلك العمل تبقى العارية في يد المستعير كالوديعة وحينئذٍ ليس له ان يستعملها ولا ان يمسكها زيادة عن المكث المعتاد واذا استعملها او امسكها فهلكت ضمن

فلو استعار قدوماً ليكسر حطباً فكسره وامسك القدوم ضمن ولو لم يوقت (جامع الفصولين)

✻ المادة ٨٢٨ ✻ المستعير يرد العارية الى المعير بنفسه او على يد امينه . فاذا ردها على يد غير امينه وهلكت او ضاعت قبل الوصول ضمن

ولو ردها مع من في عياله كولده الذي في حجره اوزوجته او اجيره مشاهرةً لا مياومة او مع اجير ربها مشاهرة لا مياومة صح فلو هلكت فلا ضمان عليه لانه اتى بالتسليم المتعارف (در مختار)

✻ المادة ٨٢٩ ✻ العارية اذا كانت من الاشياء النفيسة كالمجوهرات يلزم في ردها ان تسلم ليد المعير نفسهُ واما ما سوى ذلك من الاشياء فيكفي ايصاله المحل الذي يعد التسليم فيه تسليماً في العرف والعادة وكذا اعطاء العارية الى خادم المعير فانه رد وتسليم . مثلاً الدابة المعارة يتم تسليمها بايصالها الى اصطبل المعير او تسليمها الى سائسه

حتى لو هلكت بعد ذلك لا يضمن استحساناً والقياس انه يضمن لانه لم يرد العارية على مالكها ولا على وكيله بل ضيعها ووجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لانه رد العارية الى المربط او الى دار المالك وهما في يد المالك حكماً فكانه ردها الى يد المالك بخلاف نفيس كعقد لؤلؤ ونحوه فان رده المستعير الى غلام صاحبه او وضعه في دار المالك او في اصطبله يضمن لان العادة لم تجرِ به (درر) قلت ولما كان مبنى الضمان العرف والعادة كان من الواجب ان يفتى بعدم الضمان اذا رد النفيس من الودائع الى الخادم لو كان من عادة مولاه ان يحفظه عنده (تكملة رد المحتار)

✻ المادة ٨٣٠ ✻ نفقة رد العارية ومؤنة نقلها على المستعير

لانه قبض العارية لمنفعة نفسه فتكون موئنة الرد عليه (طحطاوي) كذلك راجع المادة ٨٧ . وفي التنوير وموئنة الرد على المستعير الا اذا استعارها ليرهنها فتكون كالاجارة اه . اي فتكون موئنة الرد عَلَى المعير والفرق ان هذه اعارة فيها منفعة لصاحبها فانها تصير مضمونة في يد المرتهن وللمعير ان يرجع عَلَى المستعير بقيمتها فكانت بمنزلة الاجارة (خانية) بخلاف الاولى فان المنفعة فيها للمستعير فقط حصل عليها مجاناً

﴿المادة ٨٣١﴾ استعارة الارض لغرس الاشجار والبناء عليها صحيحة

لان منفعتها معلومة وتجوز اجارتها فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعاً (مجمع الانهر)

لكن للمعير ان يرجع عن الاعارة متى شاء فاذا رجع لزم المستعير قلع الاشجار ورفع البناء

وجه الرجوع ان العارية عقد غير لازم ووجه القلع ان المستعير شغل ارض المعير بالبنا والغرس فيؤمر بتفريغه وليس له ان يضمن المعير ما نقص من البنا والغرس بسبب القلع لان المستعير بنى وغرس في محل كان لغيره حق الرجوع فاغتر بنفسه اعتماداً على الاطلاق من غير ان يسبق من المعير وعد (مجمع الانهر) ثم انه اذا كان القلع يضر بالارض فليس للمستعير ان يقلع البنا والغرس لئلا تتلف ارض المعير (در مختار) بل ان المعير يكون حينئذ بالخيار ان شاء قلع البنا والغرس وان شاء تملكهما بالقيمة مقلوعين اما اذا كان القلع لا يضر فلا يتملكهما الا باتفاقهما (مجمع الانهر)

ثم اذا كانت الاعارة موقتة فرجع المعير عنها قبل مضي الوقت و كلف المستعير قلع الاشجار ورفع البنا فانه يضمن للمستعير تفاوت قيمتها مقلوعة بين وقت القلع وانتهاء مدة الاعارة . مثلاً اذا كانت قيمة البنا والاشجار مقلوعة حين الرجوع عن الاعارة اثني عشر ديناراً وقيمتها لو بقيت الى انتهاء وقت الاعارة عشرون ديناراً وطلب المعير قلعها لزمه ان يعطي للمستعير ثمانية دنانير

وانما يضمن المعير بهذه الصورة لانه غر المستعير بالتوقيت ثم انه اذا كان القلع

بهذه الصورة مضراً بالارض فالخيار للمالك بين ضمان نقصان البنا والغرس وقلعهما و بين ضمان قيمتهما وتملكهما ولا خيار للمستعير لانهُ صاحب تبع والمعير صاحب اصل والترجيح بالاصل (مجمع الانهر) ولو اختلفا في البنا فادعى كل منهما انه هو الذي بناه ولا بينة فالقول للمعير وان برهنا فبينة المعير ايضاً اولى (تكملة رد المحتار). وفي الهندية اعار من اخر ارضاً واذن له ان يبني فيها بناء ففعل ثم جاء مستحق واستحق الارض ونقض بناء المستعير فليس على المعير قيمة البنا للمستعير سواء كانت العارية مطلقة او مقيدة اه . راجع شرح المادة ٦٥٨

﴿ المادة ٨٣٢ ﴾ اذا كانت اعارة الارض للزرع سواء كانت موقتة او غير موقتة ليس للمعير ان يرجع عن الاعارة و يسترد الارض قبل وقت الحصاد

بل نترك الارض في يد المستعير بطريق الاجارة باجر المثل كيلا تفوت منفعة ارضه مجاناً لان الزرع لهُ نهاية معلومة فكان في الترك مراعاة الحقين وايضاً في القلع ابطال ملك المستعير وفي الترك تأخير حق تصرف المعير فيها والاول اشد ضرراً فيصير الى الثاني (مجمع الانهر) كذلك راجع المادة ٢٩

خاتمة : ليس للاب اعارة مال طفلهِ لعدم البدل و كذا القاضي والوصي (تنوير وشرحه للعلائي) وفيهما جهز ابنته بما يجهز بهِ مثلها ثم قال كنت اعرتها الامتعة ان كان العرف مستمراً بين الناس ان الاب يدفع ذلك الجهاز ملكاً لا اعارة لا يقبل قوله انه اعارة لان الظاهر يكذبه وان لم يكن العرف كذلك او تارةً وتارةً فالقول لهُ به يفتى كما لو كان اكثر مما يجهز به مثلها فان القول قوله اتفاقاً والام وولي الصغيرة كالاب فيما ذكر اه قال في رد المحتار وظاهره ان القول لهُ في الجميع لا في الزائد على جهاز المثل وليحرر . وفيه عن الولوالجية اذا جهز الاب ابنته ثم بقية الورثة يطلبون القسمة منها فان كان الاب اشترى لها في صغرها او بعد ما كبرت وسلم اليها ذلك في صحته فلا سبيل للورثة عليه و يكون للبنت خاصة اه . ولو اوصى بالعارية فليس للورثة الرجوع (در مختار). اي على المستعير الموصى لهُ سواء كانت موقتة او مطلقة ولكن هذا محله اذا كانت تخرج الرقبة من الثلث وقبل الموصى لهُ بعد موت الموصي فلو لم يقبل بعده بطلت (طحطاوي)

الكتاب السابع

في الهبة ويشتمل عَلَى مقدمة وبابين

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة

☼ المادة ٨٣٣ ☼ الهبة تمليك مال لآخر بلا عوض

اي بلا شرط عوض فهو على حذف المضاف لا ان عدم العوض شرط فيه والا لما شمل الهبة بشرط العوض مع انها هبة ابتداً وان كانت بيعاً انتهاءً (درر)

ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والاتهاب بمعنى قبول الهبة ايضاً

☼ المادة ٨٣٤ ☼ الهدية هي المال الذي يعطى لواحد او يرسل اليه اكراماً له

☼ المادة ٨٣٥ ☼ الصدقة هي المال الذي وهب لاجل الثواب

☼ المادة ٨٣٦ ☼ الاباحة هي الترخيص والاذن لواحد ان ياكل او يتناول شيئاً بلا عوض

الباب الاول

في المسائل المتعلقة بعقد الهبة ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في المسائل المتعلقة بركن الهبة وقبضها

☼ المادة ٨٣٧ ☼ تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض الكامل لانها من التبرعات والتبرع لا يتم الا بالقبض راجع المادة ٥٧ والقبض

الكامل في المنقول ما يناسبهُ وفي العقار ما يناسبهُ فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة من غير ان يكون بتبعية قبض الكل وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية الكل (درر) والتمكن من القبض كالقبض فلو وهب لرجل ثياباً في صندوق مقفل ودفع اليه الصندوق لم يكن قبضاً لعدم تمكنه من القبض وان مفتوحاً كان قبضاً لتمكنهِ منه فانه كالتخلية في البيع (تنوير)٠وفي الدرر والغرر والمختار ان القبض يحصل بالتخلية في الهبة الصحيحة لا في فاسدها اه٠ وفي الخانية والاصح ان الاقرار بالهبة لا يكون اقراراً بالقبض٠ولو وكل الموهوب لهُ رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز اه٠وفيها رجل رمى ثو به لا يجوز لاحد ان ياخذه حتى يقول حين رماه من اراد ان ياخذه فليأخذه فاذا قال ذلك صح الاخذ لان الموهوب له وان كان مجهولاً فعند القبض يصير معلوماً اه

✲ المادة ٨٣٨ ✲ الايجاب في الهبة هو الالفاظ المستعملة في معنى تمليك المال مجاناً كأكرمت ووهبت واهديت والتعبيرات التي تدل على التمليك مجاناً ايجاب للهبة ايضاً كاعطاء الزوج زوجته قرطاً او حلياً وقوله لها خذي هذا او علقيهِ

وكذا قولهُ نحلت واطعمتك هذا الطعام واعمرتك هذا الشيء وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها (تنوير) وفي الخانية قال جعلته لابني فلان يكون هبة لان الجعل عبارة عن التمليك وان قال اغرس باسم ابني لا يكون هبة وان قال جعلتهُ باسم ابني يكون هبة لان الناس يريدون بهِ التمليك والهبة٠ورجح الخير الرملي قول الخانية لانهُ اقرب للعرف وفي رد المحتار لو قال ملكتك هذا الثوب مثلاً فان قامت قرينة عَلَى الهبة صحت والا فلا لان التمليك اعم منها لصدقه عَلَى البيع والاجارة والوصية اه٠ وفيه رجل اشترى حلياً ودفعهُ الى امرأته واستعملته ثم ماتت ثم اختلف الزوج وورثتها انها هبة او عارية فالقول للزوج بيمينه انه دفع لها ذلك عارية لانه منكر للهبة (منح) قال الرملي وهذا صريح في رد كلام اكثر العوام ان تمتع المرأة يوجب التملك ولا شك في فساده وسبقه الى هذا صاحب البحر وقدمنا عن البدائع ان المرأة ان اقرت ان هذا المتاع اشتراه لي زوجي سقط قولها لانها اقرت بالملك

لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الا بالبينة وظاهره شمول ثياب البدن ولعله في غير الكسوة الواجبة وهو الزائد عليها اه ملخصاً

❋ المادة ٨٣٩ ❋ تنعقد الهبة بالتعاطي ايضاً

وتتم به لحصول القبض كمن دفع لفقير شيئاً وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشيء وكذا يقع في الهدية ونحوها فاحفظه ومثله ما يدفعه لزوجته او غيرها (رد محتار)

❋ المادة ٨٤٠ ❋ الارسال والقبض في الهبة والصدقة يقوم مقام الايجاب والقبول لفظاً

ومعناه ان ارسال الشيء من جانب وقبضه حين وصوله من الجانب الاخر يقومان مقام الايجاب والقبول وبهما تتم الهبة ولا يرد عليه ما سيأتي في المادة الآتية من اشتراط القبض في مجلس الهبة لان تسليم الرسول وقبض المرسل اليه يحصلان في مجلس واحد

❋ المادة ٨٤١ ❋ القبض في الهبة كالقبول في البيع بناء عليه تتم الهبة اذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المال الموهوب بدون ان يقول قبلت او اتهبت عند ايجاب الواهب اي عند قوله وهبتك هذا المال

لان القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون اخذه قبولاً دلالة ومن هذا لو قال وهبت جاريتي هذه لاحدكما فلياخذها من شاء فاخذها رجل منهما تكون له وكان اخذه قبولاً (رد محتار)

❋ المادة ٨٤٢ ❋ يلزم اذن الواهب صراحة او دلالةً في القبض

وفي الهندية لو وهب لرجل غلاماً فلم يقبضه الموهوب لهُ حتى وهبه الواهب لرجل آخر ثم امرهما بالقبض فقبضاه فهو للثاني ولو امر الاول بالقبض فقبضه كان باطلاً اه

❋ المادة ٨٤٣ ❋ ايجاب الواهب اذن بالقبض دلالة واما اذنه صراحة فهو ان يقول اذا كان المال حاضراً في مجلس الهبة خذ هذا المال

فاني وهبتك اياه . وان كان غائباً فقوله وهبتك المال الفلاني اذهب وخذه امر صريح

ويدخل في هبة الارض ما يدخل في بيعها من الابنية والاشجار من غير ذكر ولكن لا يدخل الزرع والثمار والاوراق المتقومة بدون ذكر فان لم تذكر فسدت الهبة لانه يمنع التسليم (هندية)

﴿ المادة ٨٤٤ ﴾ اذا اذن الواهب صراحةً بالقبض صح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة و بعد الافتراق

ولكن لو نهاه عن القبض بعد الهبة لا يصح القبض لا في المجلس ولا بعده لصحة الرجوع عن الهبة قبل القبض

واما اذنه بالقبض دلالة فمقيد في مجلس الهبة ولا يعتبر القبض بعد الافتراق

قال في مجمع الانهر لا يصح القبض بعد الافتراق الا باذن صريح لاننا اثبتنا التسليط فيه الحاقاً له بالقبول والقبول يتقيد في المجلس لان الدلالة لا تعمل بمقابلة الصريح اه

مثلاً لو قال وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس صح اما لو قبضه بعد الافتراق عن المجلس فلا يصح . كذلك لو قال وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل اذهب وخذه فذهب الموهوب له وقبضه لا يصح

﴿ المادة ٨٤٥ ﴾ للمشتري قبل قبضه المبيع من البائع ان يهبه من آخر

فاذا قبضه الموهوب له من البائع باذن المشتري تمت الهبة (حموي) ولا فرق بين ان يكون المبيع عقاراً او منقولاً لان كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والرهن اذا باشره المشتري في المبيع المنقول قبل القبض يصح ويجعل الموهوب له او المرتهن قابضاً اولاً عن المشتري ثم لنفسه وهذا هو الفرق بين صحة هبة المنقول

وعدم صحة بيعه قبل القبض على ما مر في المادة ٢٥٣ · وقيد الهبة بكونها لغير البائع لان هبة المبيع منه قبل القبض اقالة للبيع فتجري فيها احكام الاقالة

﴿ المادة ٨٤٦ ﴾ اذا وهب ماله من رجل وهو في يد ذلك الرجل تتم الهبة بقول الموهوب له قبلت او اتهبت ولا حاجة الى القبض والتسليم مرة اخرى

سواء كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة او عارية او امانة (درر) او بطريق الغصب (در مختار) غير انه يشترط في هذا القبول نصاً لانه اذا لم يوجد كذلك يقع الملك فيها للموهوب له بغير رضاه لانه لاحاجة الى القبض بخلاف ما اذا لم يكن في يده وامره بقبضه فانه يصح اذا قبض ولا يشترط القبول لانه اذا اقدم على القبض كان ذلك قبولاً ورضا منه بوقوع الملك له فيملكه (طحطاوي) وانما لم يحتج الى قبض جديد لتحقق شرط الهبة وهو القبض لان القبض الواجب بالهبة قبض امانة فينوب عنه كل قبض بخلاف القبض الواجب بالبيع يعني اذا باع الوديعة او نحوها مما في يده يحتاج الى قبض جديد لان البيع يقتضي قبضاً مضموناً وقبض المودع قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج الى تجديد القبض · والاصل فيه ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما مناب الاخر لاتحادهما جنساً واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف بلا عكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى (درر)

﴿ المادة ٨٤٧ ﴾ اذا وهب احد دينه للمديون او ابرأَ ذمتهُ عن الدين ولم يرده المديون صح ذلك وسقط عنه الدين في الحال

ولو لم يقبل المديون والمراد ان هبة الدين ممن عليه الدين وابرآءه عنه يتم بلا قبول لما فيه من معنى الاسقاط غير انه يرتد بالرد في المجلس لما فيه من معنى التمليك واما هبة الدين من الكفيل فتتم بالقبول وترتد بالرد ولكن ابرآءه منه يتم من غير قبول ولا يرتد بالرد (هندية) انظر المادة ١٥٦٨

﴿ المادة ٨٤٨ ﴾ من وهب دينه الذي هو في ذمة واحد لآخر

لا يصح لان تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل الا في حوالة ووصية (در مختار) غير انه اذا سلط المملك الموهوب له

واذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب فخذه فذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة

لانه يصير كانه وهبه حين قبضه وان لم يقبضه لا تتم الهبة (جامع الفصولين) قال في رد المحتار وحينئذٍ يصير وكيلاً بالقبض عن الآمر ثم اصيلاً في القبض لنفسه ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض واذا قبض بدل الدراهم دنانير صح لانه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال اه . وفي جامع الفصولين و يتفرع على هذا الاصل ما لو قضى دين غيره على ان يكون له لم يجز ولو كان وكيلاً بالبيع اه اي فلو دفع الوكيل بالبيع لموكله عن دين المشتري على ان يكون ما على المشتري له لا يجوز لانه تمليك الدين ممن ليس عليه الدين وليس منه (اي تمليك الدين من غير من عليه الدين) ما اذا اقر الدائن ان الدين لفلان وان اسمه في كتاب الدين عارية حيث يصح اقراره لكونه اخباراً لا تمليكاً فللمقر له قبضه (اشباه) انظر المادة ١٥٩٣ وشرحها

﴿ المادة ٨٤٩ ﴾ اذا توفي الواهب او الموهوب له قبل القبض تبطل الهبة

ولو كانت في مرض الموت للاجنبي (رد محتار) وذلك لانها من الصلات والصلات تسقط بالموت قبل القبض (درر) ولو قال وارث الواهب ان مورثي وهبك هذا المال ولكنك لم تقبضه الا بعد موته ، وقال الموهوب له بل قبضته حال حياته ، فالقول للوارث لانه ينكر لزوم الهبة سوآء كانت العين في يده او يد الاخر (رد محتار وهندية)

﴿ المادة ٨٥٠ ﴾ اذا وهب شيئاً لابنه الكبير البالغ العاقل يلزم التسليم له و بدون قبضه لا تتم الهبة بخلاف ولده الصغير كما يأتي في المادة الاتية وقد قدمنا في شرح المادة ٣٥٠ انه لو اشترى ثوباً فقطعه لولده الصغير صار مملكاً له بالقطع قبل الخياطة ولو كان الولد كبيراً لا يصير مملكاً له الا بعد الخياطة والتسليم ولكن لو

بالغ الصغير الذي تحت قيد الولاية الثامنة عشرة من عمره ولكنه قبل ان يثبت رشده وهب له وليه شيئاً فهل يعد في حكم الصغير لعدم ثبوت رشده وتتم الهبة بدون قبض على مقتضى المادة الآتية لانه وان كان بالغاً في واقع الامر فرشده غير ثابت امام الحاكم او يعد في حكم البالغ فلا تتم الهبة له الا بالقبض ؟ الجواب ان الحجر يرتفع عن الصغير باحد امرين الاول الاذن والثاني البلوغ (حامدية) فاذا بلغ الصغير انقطعت الولاية عنه بالبلوغ (در منتقى في الاولياء والاكفاء) ومن ثم لا تتم الهبة الا بالقبض

❊ المادة ٨٥١ ❊ يملك الصغير المال الذي وهبه اياه وصيه او مربيه يعني من يحفظه في حجره و يعوله سواء كان المال في يده او كان وديعةً عند غيره بمجرد الايجاب او بمجرد قول الواهب وهبت ولا يحتاج الى القبض

اي ان هبة من له ولاية على الصغير كابيه ووصيه ومن يعوله كالاخ والعم عند عدم الاب تتم بمجرد الايجاب فقط دون حاجة الى القبول والقبض بشرط ان يكون الموهوب معلوماً وان يكون في يد الواهب حقيقةً او حكماً كما اذا كان في يد مودعه او مستعيره لان قبض الولي ينوب عنه . والاصل ان كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالايجاب (در مختار) اما لو كان الموهوب في يد الغاصب او المستاجر او المرتهن او المشتري فاسداً من الواهب فلا تتم الهبة بمجرد الايجاب لعدم القبض لان كل واحد من هؤلاء قابض لنفسه فليست يده كيد الواهب لان العين مضمونة عليه والضمان انما يكون بتفويت اليد (درر ومجمع الانهر ملخصاً)

❊ المادة ٨٥٢ ❊ اذا وهب واحد شيئاً لطفل تتم الهبة بقبض وليه او مربيه

كعمه وامه واخيه وظاهره ان قبض هولاء يصح مع وجود الاب والوصي لان فيه نفعاً للصغير وقد اختاره قاضيخان والاسترشني

❊ المادة ٨٥٣ ❊ اذا وهب شيء للصبي المميز تتم الهبة بقبضه الموهوب وان كان له ولي

والمراد بالهبة هنا هبة الاجنبي فانها تتم بقبض الصبي لو مميزاً يعقل التحصيل ولو مع وجود ابيه او احد اوليائه لانه في التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل بخلاف التصرف غير النافع حتى لو وهب له اعمى لا نفع له وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله (اشباه) وفي مجمع الانهر من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئاً فرده يصح كما يصح قبوله اه. وانظر حكم رد الولي والظاهر انه لا يصح حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه يصح (طحطاوي)

﴿المادة ٨٥٤﴾ الهبة المضافة ليست بصحيحة

لكونها تمليكاً والتمليك لا تصح اضافته الى المستقبل راجع شرح المادة ٨٤

فلو قال وهبتك الشيء الفلاني في راس الشهر الآتي لا تصح الهبة

ومن هذا القبيل ايضاً الرقبي وصورتها ان يقول لرجل ان مت قبلك فداري هذه لك فانها غير صحيحة لكونها تمليكاً مضافاً الى زمان بخلاف العمري وهي ان يجعل داره لآخر مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط (درر). وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر. والعمري جائزة للمعمر بفتح الميم الثانية وهو الموهوب له حال حياته ولورثته بعد وفاته لقوله صلعم من اعمر عمري فهي للمعمر له ولورثته فالمفهوم منه بطلان شرط الرد بعد الموت اما الرقبي فباطلة فان قبضها كانت عارية في يده لانها مأخوذة من الارقاب معناها رقبة داري لك وذلك جائز ولكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية اه ملخصاً

﴿المادة ٨٥٥﴾ تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط

وهي بهذه الصورة هبة ابتداء بيع انتهاء اذا اتصل القبض بالعوضين فلكونها هبة يشترط التقابض في العوضين وان لم يوجد فلكل واحد منهما ان يرجع بهبته. وكذا لو قبض احدهما فقط فلكل منهما الرجوع ايضاً وتبطل بالشيوع فيما يقسم في احد العوضين ولكونها بيعاً انتهاء ترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة الا انه لا تحالف لو اختلفا في قدر العوض لما في المقدسي اتفقا على ان الهبة بعوض واختلفا في قدره ولم يقبض والهبة قائمة خير الواهب بين تصديق الموهوب له والرجوع في الهبة او بقيمتها لو هالكة ولو اختلفا في اصل العوض فالقول للموهوب له في انكاره وللواهب الرجوع لو قائماً ولو مستهلكاً فلا شيء له اه عن التنوير ورد المحتار. وفي الدر المختار والدرر ان الهبة بشرط العوض انما تعتبر هبة ابتداء اذا ذكرها بكلمة على بان يقول

وهبتك على ان تعوضني كذا اما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء بالاجماع اه · وفي الهندية اذا كان العوض غير مشروط في العقد بل كان متأخراً عنه فلا تكون الهبة في معنى المعاوضة ابتداء وانتهاء فلا يثبت للشفيع الشفعة ولا للموهوب له الرد بالعيب اه · وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولو وهب داراً على ان يرد الموهوب له على الواهب بعض الدار او على ان يعوضه منها شيئاً صحت الهبة و بطل الشرط اه · وعلله في رد المحتار بان هذه الشروط مخالفة لمقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها و بان العوض في الصورة الاولى بعض الموهوب وهو لا يصح اه

فلو وهب لاخر شيئاً بشرط ان يعوضه كذا او يؤدي دينه المعلوم المقدار تلزم الهبة اذا راعى الموهوب له الشرط والا فللواهب الرجوع عن الهبة · و كذا لو وهب وسلم عقاره لآخر بشرط ان يقوم بنفقة الواهب الى وفاته ثم ندم فاراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضياً بالانفاق عليه وفقاً لذلك الشرط

الظاهر من المثال الثاني المأخوذ من فتاوى شيخ الاسلام علي افندي انه لا تشترط معلومية العوض وهذا موافق لما نقله في مجمع الانهر عن التمرتاشي من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لان الهبة تقتضي عوضاً مجهولاً ثم اعلم انه لما كانت الهبة لا تتم الا بالقبض كان للواهب الرجوع قبل الشروع في الانفاق اما بعد الشروع فيه فلا لانه بمنزلة القبض · ولو انفق الموهوب له مدة ثم مات فاراد ورثته المداومة على الانفاق صح ذلك ان رضي الواهب والا فلا اذ ليس بينهم و بينه عقد هبة وشرط عوض وله حينئذ ان يرد مثل النفقة التي انفقها الموهوب له وان يسترد الموهوب فذلك كما لو كان العوض المشروط الفاً فادى منه الموهوب له خمسمائة ثم مات فان للموهوب ان يرد ما قبض و يسترد الموهوب لان الهبة لم تتم بقبض العوض بتمامه وهذا رأي الفتوى خانه في الاستانة (جريدة علمية عدد ٢٢)

الباب الثاني

في شرائط الهبة

﴿ المادة ٨٥٦ ﴾ يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة و بناء عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك او ولد فرس سيولد

حتى لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لا يجوز لان في وجوده احتمالاً فصار كالمعدوم (رد محتار) فكانت هبته من ثم باطلة

﴿ المادة ٨٥٧ ﴾ يلزم ان يكون الموهوب مال الواهب فلو وهب واحد مال غيره بلا اذنه لا تصح الهبة

اي لا تنفذ لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك للواهب (هندية) وفيها يشترط ايضاً ان يكون الموهوب مملوكاً فلا تجوز هبة المباحات لان تمليك ما ليس بمملوك محال اه

ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب المال تصح

اي تنفذ غير انه يشترط وقت الاجازة قيام الواهب والموهوب له والمجيز والموهوب راجع المادة ٣٨٨ ، وفي الهندية وهب من رجل ثوباً لغيره وسلمه اليه واجاز رب الثوب الهبة جازت من ماله فله ان يرجع فيه ما لم يعوضه الموهوب له او لم يكن ذا رحم محرم منه واذا عوض الواهب او كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب من الرجوع اه

﴿ المادة ٨٥٨ ﴾ يلزم ان يكون الموهوب معلوماً ومعيناً فلو وهب واحد من المال شيئاً او من الفرسين احدهما لا على التعيين لا تصح الهبة . ولو قال ايماً اردت من هذين الفرسين فهو لك فان عين الموهوب له في مجلس الهبة صحت والا فلا فائدة في تعيينه بعد تفرق مجلس الهبة

ولكن لو كان له على اخر الف نقد والف غلة فقال وهبت منك احد المالين جاز والبيان اليه والى ورثته بعد موته (بزازية) . وفيها وانما يشترط ان يكون الموهوب

ومعلوماً عند الواهب فقط فلو كان مجهولاً عند الموهوب له فذلك لا يمنع صحة الهبة

قلت وهذا كله في هبة العين لان هبة الدين من المديون صحيحة ولو كان مقداره غير معلوم عندهما لان هبة الدين اسقاط والجهالة لا تمنع صحة الاسقاط(خانية)

﴿ المادة ٨٥٩ ﴾ يشترط ان يكون الواهب عاقلاً بالغاً فبناء عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه واما الهبة لهؤلاء فصحيحة

غير انه لا يسوغ لوليهم ان يعوض عن هبتهم ولو كانت الهبة بشرط العوض (هندية) وفي الخانية الصغير اذا وهب ماله لرجل فعوضه الموهوب له لا يصح لانه عوضه عن هبة باطلة اه . والظاهر من اطلاق المتن ان هبة الصغير باطلة ولو مميزاً مأذوناً

﴿ المادة ٨٦٠ ﴾ يلزم في الهبة رضا الواهب فلا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والاكراه

ولهذا لو منع زوجته من المسير الى ابويها حتى تهبه مهرها فالهبة باطلة لانها كالمكرهة . ولو خوفها بالضرب حتى تهبه مهرها، فان كان قادراً على الضرب فاكراه ايضاً (رد محتار) وفي فتاوى علي افندي عن الظهيرية الاكراه بالهبة اكراه بالتسليم حتى لو وهب مكرهاً وسلم طائعاً لم يجز (قيده في رد المحتار بان يكون التسليم في حضور المكره) الا اذا قبل العوض وقبضه فهو اجازة اه . وفي التنوير لا يصح خيار الشرط في الهبة اه . فلو وهبه شيئاً على ان الموهوب له بالخيار مدة كذا صحت الهبة ان اختارها قبل تفرقهما (در مختار)

تتمة : المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له . وقد نقل في رد المحتار عن النهاية والخير الرملي الضمان مطلقاً ولكن قيده في الشرنبلالية بان يقبضه الموهوب له بدون اذن الواهب او اذا كان قبضه باذنه ان يهلك في يده بتعديه وتقصيره او بصنعه وفعله

الباب الثالث

في احكام الهبة و يشتمل على فصلين

﴿ المادة ٨٦١ ﴾ يملك الموهوب له الموهوب بالقبض

فالقبض شرط لثبوت الملك لا لصحة الهبة (طحطاوي) لان جوازها قبل القبض ثابت بالاتفاق (مجمع الانهر) وعلى هذا فالزوائد الحاصلة قبل القبض للواهب لانها حدثت على ملكه. ثم انه يشترط لصحة القبض ان يكون الموهوب غير مشاع مميزاً غير مشغول (تنوير وغيره) والمراد بالشيوع هنا الشيوع المقارن للعقد كأن يهبه النصف مثلاً لا الطارئ، كان يهبه الكل ثم يرجع في البعض شائعاً او يستحق البعض شائعاً راجع المادة ٥٥. ثم اعلم ان الشيوع المقارن انما يفسد الهبة فيما يحتمل القسمة لا فيما لا يحتملها فتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة بمعنى انه لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة اصلاً كالدابة او لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبلها كالبيت الصغير والحمام (مجمع الانهر) الا انه يشترط في ذلك ان يكون الموهوب قدراً معلوماً فلو وهب رجلاً نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز لانها جهالة توجب المنازعة (هندية) ولكن لا تصح هبة مشاع يحتمل القسمة على وجه ينتفع به بعد القسمة كما قبلها كالدار والثوب والارض ونحو ذلك ولو كانت الهبة لشريك الواهب لان القبض في الهبة منصوص عليه فيشترط كماله والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب فلم يوجد القبض الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة (مجمع الانهر). لكن ان قسم الواهب الجزء الموهوب المشاع بنفسه او بواسطة نائبه وسلمه الى الموهوب له صح العقد لزوال المانع. وكذا لو امر الموهوب له ان يقسم مع شريكه (رد محتار) اما لو سلمه شائعاً فلا يملكه الموهوب له ولا ينفذ تصرفه فيه بل يكون مضموناً عليه و ينفذ فيه تصرف الواهب (درر) لان هبة المشاع اذا فسدت لا تفيد الملك وان قبض الجملة وهو الصحيح كما حققه في رد المحتار وقال انه ظاهر الرواية. ولو وهب اثنان داراً قابلة القسمة لواحد صح لعدم الشيوع و بقلبه وهو هبة واحد من اثنين لا تصح عند الامام لو كبيرين للشيوع فيما يحتمل القسمة اما فيما لا يحتملها كالبيت فيصح اتفاقاً (در مختار) قيد بكبيرين لانهما لو كانا صغيرين في

عيال الواهب صحت الهبة لعدم المرجح لسبق قبض احدهما وحيث اتحد وليهما فلا شيوع في قبضه (رد محتار)

وقد استوفينا الكلام على هبة المشاع فبقي ما يتعلق بهبة المشغول وغيره فنقول ان هبة المشغول بملك الواهب لا تجوز بخلاف الشاغل والمشغول بغير ملك الواهب كالدار المعارة فان هبته جائزة (مجمع الانهر)والضابط في المقام ان الموهوب اذا اتصل بملك الواهب اتصال مجاورة فان كان الموهوب مشغولاً بحق الواهب لا تجوز الهبة كما اذا وهب سرجاً على دابة لان استعمال السرج انما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصاناً في القبض وان لم يكن مشغولاً جاز كما اذا وهب دابة مسرجة دون سرجها لان الدابة تستعمل بدونه ولو وهب داراً دون ما فيها من متاعه لم يجز وان وهبه ما فيها وسلمهُ دونها جاز لان هذه هبة الشاغل فتصح وان كان الموهوب متصلاً بملك الواهب اتصال خلقة وامكن فصله لا تجوز هبتهُ ما لم يوجد الانفصال والتسليم كما اذا وهب الزرع او الثمر او الشجر بدون الارض او بالعكس (رد محتار). ومفاد قوله ما لم يوجد الانفصال والتسليم ان هبة المشغول غير فاسدة بل هي غير تامة وموقوفة فاذا فصل وسلم نفذت، وبه صرح حموي. ولكن تصح هبة المشغول في موضعين الاول اذا وهب الاب لطفله داراً والاب ساكنها او له فيها متاع جازت الهبة لان الدار مشغولة بمتاع القابض (اشباه). الثاني اذا وهبت الامرأة دارا من زوجها وهي ساكنة فيها مع زوجها جازت الهبة ويصير الزوج قابضاً للدار لان المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم (خانية) والحيلة في هبة المشغول ان يودعه الشاغل ويسلمهُ اياه ثم يهبهُ المشغول فتصح الهبة (حموي)

﴿ المادة ٨٦٢ ﴾ للواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضا الموهوب لهُ

لعدم تمام الهبة اذ انها لا تتم الا بالقبض كما تقدم في المادة ٨٣٧ والمراد انه قبل القبض ينفرد الواهب بالرجوع سواء كان الموهوب له حاضراً او غائباً اذنه الواهب بقبضه او لم يأذنه (هندية) ويصح الرجوع في الهبة كلاً او بعضاً (ملتقى) ولو وجد احد الموانع الآتي ذكرها

✻ المادة ٨٦٣ ✻ نهي الواهب الموهوب له عن القبض بعد الايجاب رجوع

لان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع والبائع اذا نهى المشتري عن القبول بعد الايجاب كان رجوعاً منهُ عن الايجاب (طحطاوي)

✻ المادة ٨٦٤ ✻ للواهب ان يرجع عن الهبة والهدية بعد القبض برضى الموهوب له

ولو اسقط حقه من الرجوع (تنوير) اذ لا يصح الابرآء عنه (در مختار) اما لو صالحه الموهوب له عن حق الرجوع على شيء صح وكان عوضاً عن الهبة (هندية)

وان لم يرضَ الموهوب لهُ راجع الواهب الحاكم وللحاكم فسخ الهبة ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع التي ستذكر في المواد الآتية

والمراد انه بعد القبض لا يصح الرجوع عن الهبة الا بتراضي الطرفين او قضا الحاكم بالرجوع لولايته على العامة ولولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اذ في حصول المقصود وعدمهِ خفا لان من الجائز ان يكون المقصود الثواب والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام، ومن الجائز ان يكون المقصود العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الالزام والقضا. فلو باع الموهوب له الموهوب بعد الرجوع قبل القضا والتسليم نفذ بيعهُ لانهُ لا يخرج عن ملك الموهوب لهُ الا بالقضا والرضا فيصح بيعه قبلهما (مجمع الانهر) ولو باعه في اثناء المرافعة (بزازية) . ولو منع الموهوب لهُ الموهوب عن الواهب بعد الرجوع وقبل القضا او التسليم فهلك الموهوب في يد الموهوب لهُ لا يضمن لقيام ملكه فيه . وكذا اذا هلك في يده بعد القضا وقبل الطلب والمنع لا يضمن لان اصل قبضه لم يكن موجباً ضمان المقبوض عليه وهذا دوام علته واستدامة الشيء معتبرة باصله. ولكن اذا منعهُ بعد القضا ضمنه بهلاكه لان الموهوب يكون حينئذٍ امانة عند الموهوب لهُ والمنع بعد الطلب يوجب الضمان في الامانة (درر) ثم اعلم ان الرجوع بالقضا او الرضا فسخ لعقد الهبة من الاصل واعادة الملك القديم للواهب لا هبة جديدة للواهب لان عقد الهبة وقع جائزاً موجباً لحق الفسخ فاذا رجع الواهب كان مستوفياً لحق ثابت لهُ بالعقد لان العقد وقع غير لازم ولهذا لا يشترط في الرجوع

قبض الواهب لان القبض انما يعتمد في انتقال الملك لا في عوده الى الملك القديم وصح الرجوع في المشاع القابل للقسمة كما لو وهب داراً ثم رجع بنصفها ولو كان هبة مبتدأة لما صح فيه (ملتقى وشرحه مجمع الانهر) وللواهب رد الموهوب على بائعه بخيار العيب سواء كان رجوعه عن الهبة بالقضا او بالرضا (تنوير) ولو كان هبة مبتدأة لما جاز رده غير انه يشترط في ذلك ان لا يكون عالماً بالعيب وقت الهبة (ردمحتار) ثم المراد بكون الرجوع فسخاً للعقد من الاصل ان لا يترتب على العقد اثر في المستقبل لا بطلان اثره اصلاً والا لعادت بالرجوع الزوائد المنفصلة المتولدة من الموهوب الى ملك الواهب (جامع الفصولين) وسيأتي في المادة ٨٦٩ انها تبقى بعد الرجوع ملكاً للموهوب لهُ وكذا لو كان الموهوب عقاراً فبيع في جانبه عقار آخر ثم رجع الواهب عن الهبة فلا شفعة له (رد محتار) ولو بطل اثر العقد في الماضي لكان له حق الشفعة

✻ المادة ٨٦٥ ✻ لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم وقضائه و بدون رضى الموهوب لهُ كان غاصباً وفي هذه الصورة لو تلف او ضاع في يده يضمن

لان الرجوع في الهبة بمقتضى المادة السابقة لا يكون الا بالقضا او الرضى ولا ينفرد بالرجوع بدونهما الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته الى الانفاق . وسمي ذلك رجوعاً نظراً الى الظاهر وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ان هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الاب اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه ولو غائباً وان لم يحتج فلا (درر) ولكن انما ياخذ من مال ابنه اذا كان من جنس النفقة

✻ المادة ٨٦٦ ✻ من وهب لاصولهِ وفروعه او لاخيهِ او اختهِ او لاولادهما او لعمهِ او لعمتهِ او لخالهِ او لخالتهِ شيئاً فليس لهُ الرجوع

شروع في موانع الرجوع في الهبة وهي سبعة يجمعها حروف دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخا خروج الموهوب عن ملك الواهب والزا الزوجية والقاف القرابة المحرمية والها الهلاك وسيأتي توضيح ذلك في المواد الآتية . وفي القهستاني انهُ يصح الرجوع في الهبة الفاسدة وان وجد احد الموانع لان

المقبوض منها مضمون بعد الهلاك فله الرجوع قبله اه. فالمانع انما هو في الهبة الصحيحة (طحطاوي) . وقد تبين في هذه المادة مانع القرابة ووجه كونها مانعة ان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطعية الرحم فلا يرجع احد سوآء كان القريب مسلماً او ذمياً (مجمع الانهر) والمراد بالقرابة هنا القرابة الرحمية المحرمية فدخل فيها الابآ والامهات وان علوا والاولاد وان سفلوا والاخوة واولادهم وان سفلوا والاعمام والعمات والخالات والاخوال (غرر) وخرج عنها المحرم بلا رحم كاخيه رضاعاً والمحرم بالمصاهرة كامهات النسا والربائب (تنوير) وازواج البنات والبنين (خانية) ومن كان ذا رحم وليس بمحرم كابن العم (در منتقى) وابن الخال والخالة (درر) . وفيه وهب لاخيه ولاجنبي ما لا يقسم فقبضاه فله الرجوع في حظ الاجنبي لعدم المانع من الرجوع بخلاف الاخ فان القرابة فيه مانعة عنه اه . ثم ان القرابة مانعة من الرجوع ولو كان بين الواهب والموهوب له اختلاف في الدين او في الدار (زيلعي)

❊ المادة ٨٦٧ ❊ لو وهب كل من الزوج والزوجة صاحبه شيئاً وسلمه حال كون الزوجية قائمة بينهما ليس له الرجوع

لمانع الزوجية لانها نظير القرابة المحرمية في التواصل بدليل جريان التوارث بينهما بلا حجب فكان المقصود الصلة وقد حصل (درر) . ثم انه يشترط لمنع الرجوع ان تكون الزوجية قائمة وقت الهبة كما هو صريح المادة حتى لو وهب شيئاً لامراة ثم تزوجها له ان يرجع فيها (تنوير) وكذا لو وهبت المرأة شيئاً لرجل ثم تزوجها رجعت لعدم العلاقة بينهما وقت الهبة (درر) بخلاف ما لو وهب شيئاً لزوجته ثم طلقها فانه لا يرجع (ملتقى) لقيام الزوجية وقت الهبة وفي التنوير بعث الى امرأته متاعاً هدية اليها وبعثت له ايضاً هدايا عوضاً للهبة صرحت بالعوض اولا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى الزوج انها عارية لا هبة وحلف واراد الاسترداد ايضاً وارادت هي الاسترداد ايضاً يسترد كل منهما ما اعطى اذ لا هبة فلا عوض ولو استهلك احدهما ما بعثه الاخر ضمنه لان من استهلك العارية ضمنها اه

❊ المادة ٨٦٨ ❊ اذا اعطي للهبة عوض قبضه الواهب فهو مانع للرجوع

سواء كان العوض مشروطاً في العقد او غير مشروط اصلاً لان حق الرجوع في الهبة كان لخلل في مقصوده وقد عدم ذلك بوصول العوض الى الواهب (درر) غير انهُ يشترط في العوض ان لا يكون بعض الموهوب فلو عوضه البعض عن الباقي لا يصح فله الرجوع في الباقي ولو الموهوب شيئين فعوضه احدهما عن الآخر ان كانا في عقدين صح والا لا لان اختلاف العقد كاختلاف العين ولو عوضه ولد احدى جاريتين موهوبتين وجد ذلك الولد بعد الهبة امتنع الرجوع لان ليس للواهب حق الرجوع في الولد فصح العوض (تنوير وشرحه للعلائي) و يشترط ايضاً ان يضيف الموهوب لهُ العوض الى الهبة بان يذكر لفظاً يعلم منه الواهب انهُ عوض هبته كما يظهر من الفقرة الثانية فلو لم يضف يكون العوض هبة مبتدأة لا تعويضاً (مجمع الانهر) فلكل منهما ان يرجع فيما وهب « ملتقى » وفي كل حال يشترط في العوض ما يشترط في الهبة من القبض والافراز وعدم الشيوع (رد محتار)

وعلى هذا لو اعطى الواهب شيئاً على ان يكون عوضاً عن هبته وقبضه فليس لهُ الرجوع سواء اعطي العوض من الموهوب لهُ او من آخر

اي لا فرق فيما اذا كان العوض من الموهوب له او من اجنبي لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي ولو كان التعويض بغير اذن الموهوب لهُ (مجمع الانهر) وفي كل حال ليس للاجنبي الرجوع في عوضه لانه متبرع عن الموهوب له لاسقاط حق الرجوع عليهِ ولا يرجع على الموهوب له اذا كان بغير امره لانه متبرع وكذا اذا كان بامره الا اذا قال عوض عني على اني ضامن (درر) ولو عوض الموهوب له نصف الهبة فللواهب ان يرجع بما لم يعوض ولا يضر الشيوع لانهُ طارئ (تنوير) ولو عوض الموهوب له فاستحق منه نصف الهبة رجع بنصف العوض (ملتقى) لان نصف العوض عوض عن نصف الهبة فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض كما في البيع (مجمع الانهر) وان استحق نصف العوض لا يرجع الواهب بنصف الهبة (تنوير) لان النصف الباقي مقابل لكل الهبة اذ ان الباقي يصلح للعوض ابتداء فكذا بقاء بل للواهب ان يرد ما بقي من العوض و يرجع بهبته لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض فلم يسلم فله رده والرجوع بهبته (رد محتار) وهذا كله لو كان العوض غير مشروط في العقد اما لو كان مشروطاً فيه فيوزع البدل على المبدل لان

الهبة حينئذٍ مبادلة (در مختار) ولو استحق كل العوض له ان يرجع في كل الهبة ان كانت قائمة لا ان كانت هالكة كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة فانه لا يرجع وان استحق جميع الهبة كان للموهوب له ان يرجع في جميع العوض ان كان قائماً وبمثله او قيمته ان كان هالكاً (تنوير وشرحه للعلائي)

﴿ المادة ٨٦٩ ﴾ اذا حصل للموهوب زيادة متصلة

في نفس العين موجبة لزيادة القيمة اي قيمة الموهوب (در مختار) لخرج الزيادة من حيث السعر حيث لا تمنع الرجوع (رد محتار)

كما اذا كان الموهوب ارضاً فأحدث فيهِ الموهوب لهُ بناءً او غرس شجراً

وعدا زيادة في كل الارض امتنع الرجوع وان عدا زيادة في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثل هذا البنا او الغرس زيادة فيها كلها امتنع الرجوع في تلك القطعة فقط وان لم يعدا زيادة اصلاً كان للواهب الرجوع (مجمع الانهر) ٠ وفي الخانية وهب داراً فبنى الموهوب له في بيت الضيافة تنوراً للخبز كان للواهب ان يرجع لان مثل هذا يعد نقصاناً لا زيادة اه

او كان حيواناً ضعيفاً فسمن بتربية الموهوب له

امتنع الرجوع عن الهبة ٠ ومن الزيادة المانعة من الرجوع الجمال والخياطة وقصر الثوب وصبغه (در مختار) والتجصيص والتطيين (در منتقى) ووجه كون الزيادة مانعة ان الرجوع انما يصح في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة ولم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الاصل لا الزيادة فامتنع الرجوع اصلاً (درر) ٠ وفي رد المحتار عن الزيلعي : ولو نقل الموهوب له الموهوب من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل ذكر في المنتقى ان عندهما ينقطع الرجوع وعند ابي يوسف لا لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر ٠ ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل اه ٠ واذا اختلفا في الزيادة وعدمها ففي متولدة ككبر القول للواهب وفي نحو بناء وخياطة وصبغ فالقول للموهوب له (خانية) ومثله في المحيط لكنه استثنى ما لو كان لا يبنى في مثل تلك المدة (در مختار) اي فلا يقبل قول الموهوب له حينئذٍ لان الظاهر مكذب له بل لا بد من البينة والا فالقول للواهب

او تبدل اسمه كأن كان حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً لا يصح الرجوع عن الهبة حينئذٍ

اما اذا لم يتبدل اسمه فلا يزول حق الرجوع فلو وهب لرجل شجرة واذنه بقطعها ففعل وانفق في القطع كان للواهب ان يرجع فيها . وكذا لو وهب شجرة باصلها وقطعها الموهوب له كان للواهب ان يرجع فيها وفي مكانها من الارض وهو الصحيح لان القطع نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع (خانية) . وفيها لو وهب شاة او بقرة فذبحها الموهوب له كان للواهب ان يرجع فيها . ولو وهب داراً فهدم الموهوب له بناها كان للواهب ان يرجع في الارض اه

واما الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع فلو حملت الفرس التي وهبها لغيره فليس له الرجوع عن الهبة لكن له الرجوع بعد الولادة وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له

والمقصود ان الواهب يرجع بعد الولادة لا قبلها وانه يرجع في الاصل لا في الزيادة لانها تبقى للموهوب له . وهل يرجع الواهب بالام قبل ان يستغني الولد عنها؟ ظاهر اطلاق المادة نعم تبعاً للخانية حيث قال فيها ولو ولدت الهبة ولداً كان للواهب ان يرجع في الام في الحال ، وقال ابو يوسف لا يرجع حتى يستغني الولد عنها ثم يرجع في الام دون الولد اه

تتمة : قال في الدرر والغرر قضي ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد حق الرجوع كما لو بنى في الدار الموهوبة وابطل القاضي رجوع الواهب بسبب البنا فهدم الموهوب له البنا وعادت الدار كما كانت فله ان يرجع فيها اه . وهذا مفرع على ما مر في المادة ٢٤ من انه اذا زال المانع عاد الممنوع . غير ان في اطلاقه نظراً لان المانع قد يكون للزوجية ثم تزول بالموت او بالطلاق وفي ذلك لا يعود حق الرجوع كما صرحوا به ولعل المقصود زوال المانع العارض فالزوجية وان زالت لكنها مانع من الاصل بخلاف مانع الزيادة فانه عارض فان زال عاد الممنوع وهو حق الرجوع

❊ المادة ٨٧٠ ❊ اذا باع الموهوب له الموهوب او اخرجه عن

ملكه بالهبة والتسليم لايبقى للواهب حق الرجوع

الا ان يرجع الموهوب له الاول بهبته فللواهب الاول حينئذٍ الرجوع سواء كان رجوع الموهوب له بقضاً او برضا (در مختار) وذلك لما مر في شرح المادة ٨٦٤ من ان الرجوع فسخ لعقد الهبة من الاصل . ولكن لو عاد الموهوب الى ملك الموهوب له بسبب جديد كالشرآ مثلاً لا يعود حق الرجوع (در مختار) لان العود بسبب جديد بمنزلة تجدد ملك حادث من جهة غير الواهب فصارت بمنزلة عين اخرى غير الموهوبة وقد مر في المادة ٩٨ ان تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

تنبيه : لو اخرج الموهوب له نصف الهبة عن ملكه رجع الواهب بالباقي لعدم المانع (ملتقى)

﴿ المادة ٨٧١ ﴾ اذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يبقى للرجوع محل

ولو استهلك البعض له ان يرجع بالباقي (رد محتار) ووجه كون الهلاك مانعاً للرجوع تعذر الرد بعد الهلاك اذ هو غير مضمون على الواهب (مجمع الانهر)

استطراد : لو هلكت العين الموهوبة في يد الموهوب له ثم استحقها مستحق وضمن الموهوب له قيمتها لم يرجع الموهوب له على الواهب بما ضمن لان الهبة عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة ولا يثبت به الغرور لانه غير عامل للواهب بخلاف الوديعة لان الوديع عامل للمودع و بخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة (مجمع الانهر) راجع المادة ٦٥٨

﴿ المادة ٨٧٢ ﴾ وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع

اما وفاة الموهوب له فلان الموهوب خرج عن ملكه وانتقل الى الورثة واما وفاة الواهب فلان النص لم يوجب حق الرجوع الا للواهب والوارث ليس بواهب (درر)

فبناءً عليه ليس الواهب الرجوع عن الهبة اذا توفي الموهوب له كما

انه اذا توفي الواهب ليس لورثته استرداد الموهوب

تتمة : اتفق الواهب والموهوب له على الرجوع في موضع لا يصح رجوعه من المواضع السبعة السابقة كالهبة لقرابته جاز هذا الاتفاق منهما (تنوير) وهل يعد هذا الاتفاق رجوعاً فلا يشترط القبض او هبة مبتدأة فلا بد من القبض يحرر وظاهر كلامهم انه يعود رجوعاً لتعبيرهم به (طحطاوي)

﴿ المادة ٨٧٣ ﴾ اذا وهب الدائن دينه للمديون فليس له الرجوع

انظر الى المادة ٥١ والمادة ٨٤٧

لان الهبة هنا اسقاط والساقط لا يعود (در منتقى) بخلاف ما لو وهب ديناً له لغير مديونه وسلطهُ على قبضه فقبل الموهوب له وقبض فان للواهب الرجوع لان الهبة هنا تمليك لا اسقاط (حموي)

﴿ المادة ٨٧٤ ﴾ لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه

ولو كانت الصدقة على غني لان المقصود فيها الثواب لا العوض (در مختار) ولو اختلفا فقال الواهب هبة وقال الاخر صدقة فالقول للواهب (خانية) وفي التنوير والصدقة كالهبة بجامع التبرع فلا تصح غير مقبوضة ولا في مشاع يقسم اه

﴿ المادة ٨٧٥ ﴾ اذا اباح واحد لاخر شيئاً من مطعوماته فليس له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة ولكن له الاكل والتناول من ذلك الشيء وبعد هذا ليس لصاحبه ان يطالب بقيمته . مثلاً اذا اكل واحد من بستان آخر باباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب البستان طلب قيمته بعد ذلك

﴿ المادة ٨٧٦ ﴾ الهدايا التي ترد في الختان والعرس هي لمن ترد باسمه من المختون والعروس والوالد والوالدة وان لم يذكر لمن وردت ولم يمكن السؤال والبحث عنها فعلى ذلك يراعى عرف البلدة وعادتها

وان امكن السؤال عنها وقال المهدي اهديت للاب او للام فالقول له لانه المملك وزفاف البنت على هذا التفصيل (هندية) وفي الخيرية سئل فيما يرسله الشخص الى غيره في الاعراس ونحوها هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمه الوفاء به ام لا، اجاب ان كان العرف بانهم يدفعونه على وجه البدل يلزم الوفاء به ان مثلياً فمثله وان قيمياً فقيمته ،وان كان العرف خلاف ذلك بان كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون في ذلك الى اعطاء البدل فحكمه حكم الهبة في سائر احكامه فلا رجوع فيه بعد الهلاك او الاستهلاك والاصل فيه ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اه

الفصل الثاني

في هبة المريض

﴿ المادة ٨٧٧ ﴾ اذا وهب مَن لا وارث له جميع امواله لو حد في مرض موته وسلمها صح و بعد وفاته ليس لامين بيت المال المداخلة في تركته

اما لو مات قبل ان يسلمها بطلت الهبة لانه وان كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقية فيحتاج الى القبض (رد محتار) اما مرض الموت فسيأتي تعريفه في المادة ١٥٩٥

﴿ المادة ٨٧٨ ﴾ اذا وهب وسلم كل من الزوج والزوجة جميع ماله لصاحبه في مرض موته ولم يكن له وارث سواه صح و بعد الوفاة ليس لامين بيت المال المداخلة في تركته

لان الهبة في مرض الموت وصية والوصية للوارث عند عدم المزاحم صحيحة (در منتقى) وقد خصت هذه المادة بالزوجين لان غيرهما من الورثة يحوز كل التركة فرضاً ورداً او عصوبة فلا يحتاج الى الهبة والوصية

﴿ المادة ٨٧٩ ﴾ اذا وهب واحد في مرض موته شيئاً لاحد ورثته و بعد وفاته لم يجز سائر الورثة لا تصح تلك الهبة

اصلاً لان الهبة في مرض الموت وصية ولا وصية للوارث (خانية) ولكن لو اجاز الورثة هبة المريض بعد موته صحت واما لو اجازوها قبل موته لم تجز اذ المعتبر هو الاجازة بعد الموت لان حق الورثة انما يثبت بعد الموت (جامع الفصولين) وانما تتوقف الهبة على اجازة الورثة اذا مات المريض من ذلك المرض كما قيده في المتن بقوله « و بعد وفاته » اما لو برئ المريض نفذت الهبة ولو لم يجزها الورثة (هندية)

والمراد بالوارث هنا من كان وارثاً وقت الموت لا وقت الهبة فلو وهب لاخيه وله ابن ثم مات الابن ثم مات الواهب وله اخوة توقفت هبته من اخيه على اجازة سائر اخوته . ولو وهب لاخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن ثم مات صحت الهبة لان الاخ وقت الموت لم يكن وارثاً (در مختار

واما لو وهب وسلم لغير الورثة فان خرج الموهوب من ثلث ماله صحت الهبة وان لم يخرج ولم تجز الورثة الهبة فانما تصح في ما يخرج من الثلث و يجبر الموهوب له على رد الباقي

اي تصح الهبة اذا خرج الموهوب من ثلث التركة سواء اجازها الورثة او لا والا فان اجازها الورثة صحت وان لم تجزها تنفذ من الثلث فقط . ومثل الهبة الوقف فلو وقف في مرض موته وسلم وخرج الوقف من الثلث نفذ وان زاد عن الثلث فلا ينفذ في الزائد الا باجازة الورثة (تنوير) . ثم ان التسليم في الهبة والوقف شرط لنفاذها فلو وقف في مرض موته ولم يسلم للمتولي حتى مات بطل الوقف (در مختار) راجع المادة ٨٧٧ . ثم لو كان الموهوب له قد باع الموهوب قبل موت الواهب فليس للورثة نقض البيع بل يضمنون الموهوب لهُ قيمة المبيع كلها ان كان وارثاً وما زاد عن الثلث ان كان اجنبياً (انقروي)

﴿ المادة ٨٨٠ ﴾ اذا وهب من استغرقت تركته بالديون امواله لوارثه او لغيره وسلمها ثم توفي فلاصحاب الديون ابطال الهبة وادخال امواله في قسمة الغرماء

ولكن لو كان الموهوب له قد باع الموهوب قبل موت الواهب فليس للغرما نقض البيع بل يضمن الموهوب له قيمة المبيع (جامع الفصولين) وفي الهندية اذا رجع الواهب

في هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصحة فان كان بقضاء قاضٍ فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل لغرما الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب وان كان ذلك بغير قضا قاضٍ كان رد المريض له حين طلب الواهب الرجوع فيها بمنزلة هبة جديدة من المريض فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين يحيط بماله فالرجوع باطل وترد الهبة الى تركة الميت اه

الكتاب الثامن

في الغصب والاتلاف ويشتمل على مقدمة و بابين

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالغصب والاتلاف

﴿المادة ٨٨١﴾ الغصب هو اخذ مال واحد وضبطه بدون اذنه و يقال للآخذ غاصب وللمال المضبوط مغصوب ولصاحبه مغصوب منه

وما احسن ما عرفهُ بهِ في التنوير اذ قال هو ازالة يد محقة باثبات يد مبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه لا بخفية اه . وهذه القيود لا بد منها لان قوله "في مال" احتراز عن الميتة والحر والمنفعة فلو منع صاحب الماشية من نفعها فهلكت لم يضمن (رد محتار) . وقولهُ "متقوم" احتراز عن خمر مسلم اذ لو غصبهُ احد لا يضمن قيمتهُ اذا هلك وان كان يلزمهُ رده لو قائماً (طحطاوي) وقولهُ "محترم" احتراز عن مال الحربي . وقوله "قابل للنقل" احتراز عن العقار اذ لا يتصور فيهِ الغصب خلافاً لمحمد فعنده الغصب تفويت يد المالك لا غير وعند الائمة الثلاثة اثبات يد مبطلة لا غير (مجمع الانهر) . وقد وفق بعضهم بين القولين فقال ان الغصب عَلَى نوعين : الاول ما يوجب الضمان فشرطهُ ازالة اليد بالاتفاق، والثاني ما يوجب الرد فشرطهُ اثبات اليد اورد بعضهم عَلَى ذلك انهم ذكروا مسائل كثيرة يجب فيها الضمان مع ان ليس فيها ازالة يد محقة فمن ذلك تضمين غاصب الغاصب على ما سيأتي في المادة ٩١٠ وتضمين الملتقط عَلَى ما مر في المادة ٧٦٩ وما جاء في بعض المعتبرات من انه لو قتل رجلاً في مغارة وتركه هناك مع ماله حتى تلف ماله او سرق فانه يضمنه واجيب ان الضمان في

هذه المسائل للتعدي لا بسبب الغصب · وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب فانها وان كانت واجبة الرد لاثبات يد الغاصب عليها الا انها لا تضمن بالهلاك منفصلة كانت كولد المغصوبة وثمرة البستان او متصلة كالسمن والجمال وذلك لعدم ازالة اليد اما لو منعها الغاصب بعد الطلب فيضمن بالاجماع كما يضمن لو هلكت بتعديه (تنوير) وسيأتي تمام ذلك في المادة ٩٠٣ وشرحها. وقوله "بغير اذن مالكه" احتراز عن اخذه باذن المالك كالوديعة والعارية ونحوهما ولكن يرد عليه ان ذلك خارج بقوله باثبات يد مبطلة (طحطاوي). وقوله "لا بخفية" احتراز عن السرقة (در مختار). ومما فرعوا على هذا التعريف السديد ان تحميل الدابة وركوبها غصب ولو كانت مشتركة (رد محتار) لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيها (مجمع الانهر) فلو ركب احد الشريكين الدابة المشتركة بدون اذن شريكه فهلكت ضمن حصة الشريك انظر المادة ١٠٧٥ وكذا يضمن ببيع حصته من الدابة المشتركة وتسليمها للمشتري بغير اذن شريكه انظر شرح المادة ١٠٨٨ بخلاف الجلوس على البساط فانه لا يعد غصباً (ملتقى)لعدم ازالة يد المالك لان البسط فعل المالك فتبقى يد المالك ما بقي اثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ومثله لو ركب الدابة ثم نزل وتركها في مكانها فانه لا يضمن لان الغصب لا يتحقق بدون النقل لكن اذا تلفت بنفس الركوب يضمن وان لم يحولها لوجود الاتلاف بفعله (رد محتار) وكذا لو هلك البساط بفعله فانه يضمن ايضاً لجامع الجحة (در مختار) وكذا لو دخل دار انسان واخذ متاعاً وجحده فهو ضامن وان لم يحوله وان لم يجحد لم يضمن ما لم يهلك بفعله او يخرج من الدار (خانية) وفي الدر المختار ولو تصرف في ملك غيره ثم ادعى انه كان باذنه فالقول للمالك الا اذا تصرف في مال امرأته فماتت ثم ادعى انه كان باذنها وانكر الوارث فالقول للزوج اه. اي لان الظاهر شاهد له لكون الزوج لا يتصرف عادة في مال امرأته الا باذنها والظاهر يكفي للدفع (حموي) راجع المادة ٧٧

﴿ المادة ٨٨٢ ﴾ قيمة الشيء قائماً هي قيمة الابنية والاشجار حال كونها قائمة في محلها وذلك ان تقوم الارض تارة مع الابنية او الاشجار وتارة بدونها فالتفاضل والتفاوت الذي يحصل بين

القيمتين هو قيمة الابنية او الاشجار قائمة

فلو قطع احد شجرة بدون اذن مالكها فرب الشجرة بالخيار ان شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة · وطريق معرفة ذلك ان تقوم الارض مع الشجرة قائمة وتقوم بغير الشجرة، فيضمن القاطع ما فضل بينهما وان شاء المالك امسك الشجرة وضمنه قيمة النقصان قائمة لانه اتلف عليه القيام · وطريق معرفة ذلك انك اذا عرفت قيمة الشجرة القائمة بالطريق الذي تقدم فبعد ذلك ينظر الى تلك القيمة والى قيمة الشجرة المقطوعة ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع وان كانت قيمتها مقطوعة وغير مقطوعة سواء فلا شيء عَلَى القاطع (هندية)

﴿ المادة ٨٨٣ ﴾ قيمة الشي مبنياً هي قيمة البناء قائماً

﴿ المادة ٨٨٤ ﴾ قيمة الشي مقلوعاً هي قيمة انقاض الابنية بعد القلع او قيمة الاشجار المقلوعة

والفرق بين قيمة الشيء مبنياً وقيمته مقلوعاً ان قيمة المقلوع اقل من قيمته مبنياً مقدار اجرة البنا

﴿ المادة ٨٨٥ ﴾ قيمة الشيء مستحقاً للقلع هي القيمة الباقية بعد اسقاط اجرة القلع من قيمة المقلوع

وطريق معرفة ذلك ان تقوم الارض بدون البنا والغرس ثم تقوم مع احدهما حال كونه مستحقاً للقلع فيضمن ما فضل بينهما فان قيمة البنا والشجر مستحق القلع اقل من قيمته مقلوعاً مقدار اجرة القلع فقيمة المقلوع اذا نقصت منها اجرة القلع كان الباقي قيمة الشجر مستحقاً القلع · مثاله اذا كانت قيمة الارض مئة وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم بقي تسعة دراهم فالارض مع هذا الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة التي هي قيمة الشجر مستحقاً القلع اما قيمته مقلوعاً فعشرة دراهم اذ يضاف عليها درهم واحد اجرة القلع فيصير عشرة (طحطاوي)

﴿ المادة ٨٨٦ ﴾ نقصان الارض هو الفرق والتفاوت الذي

يحصل بين اجرة الارض قبل الزراعة واجرتها بعدها

﴿ المادة ٨٨٧ ﴾ الاتلاف مباشرةً هو اتلاف الشيء بالذات

من غير ان يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر

و يقال لمن فعله فاعل مباشر

﴿ المادة ٨٨٨ ﴾ الاتلاف تسبباً هو التسبب في تلف شيء يعني ان يحدث في شيء ما يفضي عادةً الى تلف شيء آخر و يقال لفاعله متسبب . فان من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطهِ على الارض وانكساره و يكون حينئذٍ قد اتلف الحبل مباشرةً و كسر القنديل تسبباً . و كذا اذا شق واحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً

﴿ المادة ٨٨٩ ﴾ التقدم هو التنبيه والتوصية بدفع الضرر المحوظ وقوعه وازالته قبل وقوعه

كقول احد من العامة لصاحب الحائط المائل ان حائطك هذا مخوف او مائل فانقضه حتى لا يسقط وسيتضح

الباب الاول

في الغصب ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في احكام الغصب

﴿ المادة ٨٩٠ ﴾ يلزم رد المغصوب عيناً

لان الغاصب بالاخذ فوت على المالك اليد وهي مقصودة لان المالك يتوصل بها الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع فيجب نسخ فعله دفعاً للضرر عنه (طحطاوي)

وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجوداً

لتفاوت القيم باختلاف الاماكن (در مختار) اما اذا اتحدت فيرد المغصوب حيث شاء لعدم التفاوت في القيمة (طحطاوي) غيرانه اذا كان لحمله مؤنة فمؤنة رده الى مكان الغصب على الغاصب كما يأتي في الفقرة الآتية

وان صادف صاحب المال الغاصب في بلدة اخرى وكان المال المغصوب معه كان لصاحبه اذا اراد ان يسترده هناك وان طلب رده الى مكان الغصب فنفقة نقله ومؤنة رده على الغاصب

وفي الخانية لو غصب دراهم او دنانير فطالبه المالك في بلدة اخرى فعليه تسليمها وليس للمالك طلب القيمة وان اختلف السعر ولو غصب عيناً فلو القيمة في هذا المكان مثلها في مكان الغصب او اكثر فللمالك اخذ المغصوب لا القيمة . ولو القيمة اقل اخذ القيمة على سعر مكان الغصب او انتظر حتى يأخذه في بلده . ولو وجده في بلد الغصب وانتقص السعر يأخذ العين لا القيمة . وان كان هلك وهو مثلي وسعر المكانين واحد يبرأ برد المثل . ولو سعر هذا المكان الذي التقيا فيه اقل اخذ المالك القيمة في مكان الغصب وقت الغصب او انتظر . ولو القيمة في هذا المكان اكثر اعطاه الغاصب مثله في مكان الخصومة او قيمته حيث غصب ما لم يرضَ المالك بالتأخير . ولو القيمة في المكانين سواء فللمالك ان يطالبه بالمثل اه

تنبيه : لو اختلف الغاصب والمالك في نفس المغصوب بان قال الاول هذه هي العين المغصوبة وقال الثاني لا بل هي غيرها فالقول للغاصب (در مختار) لانه قابض والقول للقابض في تعيين ما قبض ضميناً كان او اميناً (رد محتار)

﴿ المادة ٨٩١ ﴾ كما ان الغاصب يضمن اذا استهلك المال المغصوب، كذلك اذا تلف او ضاع بتعديه او بدون تعديه يضمن ايضاً

غير انه في صورة ضياعه يخير المالك بين تضمينه وبين الانتظار الى ان يوجد المغصوب فيأخذه (رد محتار) وان ادعى الغاصب هلاك المغصوب عند صاحبه بعد الرد وعكسه المالك اي ادعى الهلاك عند الغاصب وبرهنا فبرهان الغاصب اولى (تنوير) لانه يثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض (رد محتار)

فائدة : لو استهلك الغاصب احد الاشياء المزدوجة كمصراعي الباب وزوجي الخف
كان للمالك ان يضمنه قيمتهما و يعطيه الآخر (خانية)

فان كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه
وان كان من المثليات يلزمه اعطاء مثله

وان انقطع المثل بان لا يوجد في السوق وان كان يوجد في البيوت فقيمته يوم
الخصومة اي وقت القضا عند الامام الاعظم لان حق المالك لا ينقطع من العين الى
القيمة الا بالقضا ولهذا لو صبر الى ان يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة
بالقضا حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك وعند ابي يوسف تعتبر قيمته يوم
الغصب لان سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وعند محمد يوم الانقطاع
لان المثل هو الواجب بغصب ذات المثل فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز
عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذٍ . والمتون على قول الامام الاعظم وصححه في
الخزانة والتحفة واختار صاحب النهاية قول ابي يوسف لانه اعدل الاقوال وافتى في
ذخيرة الفتاوى بقول محمد و به افتى كثير من المشايخ (طحطاوي) . وفيه لو احضر
الغاصب مثل المغصوب يوم الانقطاع اجبر المالك على اخذه وليس له ان يطالب
الغاصب بقيمته اه ثم اعلم ان الغاصب يضمن احياناً القيمة ولو كان المتلوف من المثليات
فمن ذلك ما لو صب ماء في حنطة فافسدها وزاد في كيلها ضمن قيمتها قبل صبه للماء
لا مثلها لانه لم يكن فيه غصب مقدم هذا اذا لم ينقلها فلو نقلها لمكان آخر ضمن المثل
لانه غصبه وهو مثلي بخلاف ما لو صب الماء في الموضع الذي فيه الحنطة بغير نقل
(در مختار) لان الغصب وقتئذٍ حصل بالاتلاف وليس سابقاً عليه وهو حين الاتلاف
لم يبق مثلياً فيضمن قيمته سابقاً عليه (رد محتار) . ومن ذلك كل مكيل وموزون
مشرف على الهلاك فانه مضمون بقيمته في ذلك الوقت كسفينة موقورة اخذت في
الغرق والقى الملاح ما فيها من مكيل وموزون بلا اذن مالكهما فانهُ يضمن قيمتهما
ساعة الالقاء (مجمع الانهر) اي قيمتهما حالة كونهما مشرفين على الهلاك فان لهما
قيمة وان قلت لاحتمال النجاة والمثلي المخلوط بغير جنسهِ كبر مخلوط بشعير وسيرج مخلوط
بزيت ونحو ذلك قيمي فتجب قيمتهُ يوم غصبهِ وكذا كل موزون يختلف بالصنعة كقمقم
وقدر (درر) واذا ادعى الغاصب هلاك المغصوب لا ينبغي للقاضي ان يعجل بالقضا

بالقيمة او المثل بل يتلوم مدة حتى يعلم القاضي انهُ او بقي لاظهره (ملتقى) وليس لمدة التلوم مقدار معين بل ذلك موكول الى راي القاضي (رد محتار) وهذا اذا لم يرضَ المغصوب منه بالقضا بالبدل واما اذا رضي بذلك فلا يتلوم القاضي بل يقضي بالبدل من مثل او قيمة (طحطاوي) ولو اختلفا في القيمة فبينة المالك اولى لانها مثبتة للزيادة والقول للغاصب بيمينهِ لانكاره الزيادة التي يدعيها المالك (تنوير) ولواراد الغاصب ان يقيم البينة عَلَى قيمة المغصوب لا تقبل بينتهُ لقيامها على نفي الزيادة هو الصحيح (در مختار) ولو قال الغاصب او المودع المتعدي لا اعرف قيمتهُ لكن علمت انها اقل مما يقوله المالك فالقول للغاصب او المودع بيمينهِ ويجبر على البيان لانهُ اقر بقيمة مجهولة فان لم يبين يحلف على الزيادة التي يدعيها المالك فان نكل لزمتهُ وان حلف يحلف المغصوب منهُ ايضاً ان قيمة المغصوب بمائة مثلاً ويأخذ من الغاصب مائة (مجمع الانهر) قال في رد المحتار لم يظهر وجه تحليف المالك ولعله ان الغاصب لما لم يبين لم يمكن ان يكون القول له بيمينه فلم ترتفع دعوى المالك لانها ترتفع لو بين شيئاً يصدق فيهِ باليمين وفائدة تحليفهِ وان كان لا يرفع دعوى المالك التوصل لثبوتها بنكوله فاذا حلف لم تثبت دعوى المالك لعدم النكول ولم ترتفع لعدم البيان فبقيت بحالها فاحتاجت الى التنوير باليمين وان كانت من المدعي لعدم افادة يمين المدعى عليهِ . ونظير ذلك مسائل منها لو اختلف المتبايعان في قدر المبيع او الثمن تحالفا مع ان احدهما مدعٍ والآخر منكر اه

تتمة : اذا غيب الغاصب ما غصبه وضمن قيمتهُ لمالكه ملكه مستنداً الى وقت الغصب (ملتقى) لان المالك ملك بدل المغصوب برضائهِ يداً ورقبةً فوجب ان يزول ملكه عن المبدل دفعاً للضرر عن الغاصب وتحقيقاً للعدل او ضرورة حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ورضا المالك قد وجد بطلب القيمة من الغاصب والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك ، نعم ان الغصب القبيح لا يكون سبباً للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبر والحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطاً للقضا بالقيمة لا حكماً ثابتاً بالغصب مقصوداً ولهذا لا يملك الغاصب بالضمان الزيادة المنفصلة كالولد والدر والثمر بخلاف الزيادة المتصلة كالحسن والسمن والفرق ان الولد بعد الانفصال غير تبع بخلاف الكسب فانه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً والغصب بالنظر الى هذا الحكم مخالف للبيع الموقوف

وللبيع الذي صار فيه خيار حيث يملك المشتري بهما الزيادة المنفصلة ايضاً لانهما من الاسباب الموضوعة للملك فيستندان من كل وجه (طحطاوي) وان ضمن الغاصب المغصوب الذي ضاع عنده ثم ظهر وقيمته اكثر مما ضمن الغاصب والحال انه كان قد ضمنه بقول المالك او ببرهانه او بنكول الغاصب عن اليمين فالمغصوب للغاصب ولا خيار للمالك لانه رضي به لادعائه هذا القدر (ملتقى وشرحه مجمع الانهر) ولا خيار ايضاً للغاصب لرضاه حيث اقدم على الغصب ولان ملكه كان موقوفاً على رضى المالك وقد وجد ولكونه ظالماً فلا يراعى جانبه (رد محتار) وان ضمنه الغاصب بقوله مع يمينه فالمالك بالخيار ان شاء امضى الضمان ورضي بالبدل تاركاً المغصوب في يد الغاصب ولا خيار حينئذٍ للغاصب لما تقدم وان شاء اخذ المغصوب ورد عوضه لانه لم يرضَ بزوال عينه بهذا المقدار لادعائه الزيادة (مجمع الانهر) وللغاصب في هذه الصورة حبس المغصوب حتى يأخذ القيمة التي دفعها لانها مقابلة به (حموي) ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنهُ بهِ الغاصب او اقل في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنهُ الغاصب بقوله مع يمينه قال الكرخي لاخيار للمالك لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار ايضاً كما لو ظهرت قيمة المغصوب اكثر مما ضمن الغاصب وهو الاصح لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لا يسقط الخيار (طحطاوي) اما الغاصب فلا خيار له بهذه الصورة ايضاً للزوم الضمان باقراره ولان تمام ملكه كان متوقفاً على رضا المغصوب منه وقد وجد (رد محتار)

فائدة : اذا باع الغاصب المغصوب ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه وان ضمنه قيمته يوم الغصب . اما لو ضمنه قيمته يوم البيع فلا ينفذ (جامع الفصولين) ولو باعه الغاصب فباعه المالك من الغاصب او وهبهُ له او مات المالك والغاصب وارثه فان بيع الغاصب يبطل لانه طرأ ملك بات على ملك موقوف على اداء الضمان فابطله (رد محتار) راجع شرح الفقرة الاخيرة من المادة ٣٧٨

﴿ المادة ٨٩٢ ﴾ اذا سلم الغاصب عين المغصوب في مكان الغصب برئ من الضمان

وكذا يبرأ ايضاً بردها الى مكان الغصب ولو بغير علم المالك (تنوير) وفي الخانية رجل نزع خاتماً من اصبع نائم ثم اعاده الى اصبعه قبل ان ينتبه النائم برئ من الضمان

في قولهم وان انتبه النائم ثم نام واعاده الى اصبعه لا يبرا في قول ابي يوسف و يبرا في قول زفر وعن محمد اذا اخذ رجل خاتماً من اصبع نائم او درهماً من كيسه او خفاً من رجله ثم اعاده الى مكانه وهو نائم او لم يعده حتى انتبه من نومه ثم نام نومة اخرى فاعاده الى موضعه ان اعاده في مجلسه استحسنت لا أضمنه والا ضمنته اه ٠ وفي البزازية غصب دراهم انسان من كيسه ثم ردها فيه بلا علمه برئ وكذا لو سلمه اليه بجهة اخرى كهبة او ايداع او شرا وكذا لو اطعمه فاكله اه ٠ قال في جامع الفصولين واجمعوا انه لو كان المغصوب براً فطحنه الغاصب وخبزه واطعمه مالكهُ او تمراً فنبذه وسقاه اياه او كرباساً فقطعه وخاطه واكساهُ اياه لم يبرا اذ ملكهُ زال بما فعل اه ٠ قلت وهذا موافق لما سيأتي في المادة ٨٩٩ ٠ وفي الهندية اذا امر المالك الغاصب ببيع العبد المغصوب صح و يصير وكيلاً ولا يخرج عن ضمانه بمجرد الامر بالبيع ولا بمجرد البيع ايضاً حتى لو هلك العبد قبل التسليم ينقض البيع و يلزم الغاصب قيمة العبد وكذلك المغصوب منه اذا باع المغصوب بنفسه فقبل التسليم الى المشتري لا يخرج عن ضمان الغاصب ثم الغاصب اذا باع المغصوب بامر المغصوب منه ورد المشتري المغصوب بالعيب على الغاصب ان كان الرد قبل القبض فهو في ضمان الغاصب على حاله وان كان الرد بعد القبض لا يعود مضموناً اه ٠ وفي الخانية غصب ثوباً او دابة او دراهم وهي قائمة بعينها فابرأه منها صح و يصير الغصب امانة في يده وكذا اذا حلله من ذلك بري الغاصب من الضمان سواء كان قائماً او مستهلكاً لانه ان كان مستهلكاً فهو ابراء عن الدين وان كان قائماً فهو ابراء عن ضمان الغصب وتصير العين امانة عند الغاصب اه

﴿ المادة ٨٩٣ ﴾ اذا وضع الغاصب عين المغصوب امام صاحبه بصورة يقدر على اخذه يكون قد رد المغصوب وان لم يوجد قبض في الحقيقة واما لو تلف المغصوب ووضع الغاصب قيمته امام صاحبه على تلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض في الحقيقة

والفرق ان في المسألة الاولى تحقق الرد بالتخلية اما في المسألة الثانية فان اعطاء البدل يقتضي المبادلة وهي لا تتم الا برضا الجانبين ولو جاء الغاصب بما غصبه فلم يقبله مالكهُ فحمله الغاصب الى بيته فضاع عنده لا يضمن لانه يكون امانة اما لو وضعه

الغاصب بين يدي المالك فلم يقبله فحمله الغاصب الى بيته ضمن وهو الاصح لانه يتم الرد في هذه المسألة الثانية بوضعه بين يدي المالك وان لم يقبله فاذا حمله بعده الى بيته يكون قد غصبه ثانياً اما اذا لم يضعه بين يديه فلم يتم الرد (جامع الفصولين) والمراد بوضعه وضعه بحيث تناله يد المالك كما في البزازية ۰ وفي الهندية اذا رد الغاصب المغصوب الى احد من ورثة المغصوب منه لم يبرا من نصيب الآخرين اذا كان الرد بغير قضا اه

﴿ المادة ٨٩٤ ﴾ لو سلم الغاصب عين المغصوب الى صاحبه في محل مخوف فله ان لا يقبله ولا يبرأ الغاصب من الضمان في هذه الصورة

﴿ المادة ٨٩٥ ﴾ اذا ادّى الغاصب قيمة المال المغصوب الذي تلف الى صاحبه ولم يقبله راجع الحاكم فيأمره بالقبول

ولو غصب من آخر شيئاً فغاب المغصوب منه فجاء الغاصب الى القاضي وطلب منه ان ياخذه ويفرض له النفقة فالقاضي لا يجيبه فان كان الرجل مخوفاً متلافاً فرأى القاضي ان ياخذه منه ويبيعه لا بأس به لان هذا نظر من وجه فكان للقاضي في ذلك راي (هندية)

﴿ المادة ٨٩٦ ﴾ اذا كان المغصوب منه صبياً ورد الغاصب اليه المغصوب فان كان مميزاً واهلاً لحفظ المال صح الرد والا فلا

ولا يبرا الغاصب من الضمان حتى يرد المغصوب الى ولي الصغير ويكون هذا بمنزلة ما لو رفع السرج عن ظهر دابة الغير ثم اعاده الى ظهر الدابة لا يصح وان كان الغاصب استهلك الغصب حتى ضمن القيمة فدفع القيمة الى الصبي فان كان الصبي مأذوناً في التجارة صح وبرى والا لا يبرا الغاصب عن الضمان (خانية)

﴿ المادة ٨٩٧ ﴾ اذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبها بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً وان شاء ضمن الغاصب قيمتها

مثلاً لو غصب عنباً فجف حتى صار زبيباً او رطباً فصار تمراً فالمالك بالخيار ان

شاء ضمن الغاصب قيمته وتركه له وان شاء اخذه وليس له ان يطالب الغاصب بشيء (درر) هذا اذا تغير المغصوب بنفسه اما اذا غيره الغاصب فحكمه يعلم من المادتين الآتيتين

﴿ المادة ٨٩٨ ﴾ اذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً وان شاء ضمنه قيمته . مثلاً لو كان المغصوب شيئاً كالثوب وكان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب وان شاء اعطاه قيمة الصبغ واسترد الثوب عيناً

وذلك لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه لا تسقط حرمة ماله ويجب صيانتها ما امكن وذا في ايصال معنى مال احدهما اليه وايفاء حق الآخر في عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا اننا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف (درر) . اما لو وقع الصبغ اتفاقاً لا بصنع احد فلا خيار كما لو هبت الريح بثوب انسان فالقته في صبغ آخر حتى انصبغ فان اصطلحا على شيء جاز وان تنازعا يباع الثوب عليهما ويقسم الثمن بينهما على قدر مالهما (خانية)

﴿ المادة ٨٩٩ ﴾ اذا غير الغاصب المال المغصوب

بالتصرف فيه احترازاً عما لو تغير بغير فعله بان صار العنب زبيباً بنفسه اذ المالك يخير حينئذٍ ان شاء اخذه وان شاء تركه للغاصب وضمنه قيمته كما مر في المادة ٨٩٧

على صورة يتبدل بها اسمه كان ضامناً ويبقى المال المغصوب له

وكذا لو اختلط المغصوب بمال الغاصب او بمغصوب آخر بحيث يمتنع امتيازه كاختلاط بر الغاصب ببر المغصوب منهُ او يمكن بحرج كاختلاط بره بشعيره ضمنه الغاصب ايضاً وملكه (تنوير) اما الضمان فللتعدي واما الملك في التغيير وزوال الاسم فلانه احدث صنعة متقومة وفي الاختلاط لئلا يجتمع البدلان في ملك المغصوب منهُ (رد محتار) وفيه كل موضع ينقطع حق المالك فيهِ فالمغصوب منه احق بذلك الشي من سائر الغرما حتى يستوفي حقه فان ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب اه

مثلاً لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقاً فانه يضمن مثل الحنطة ويكون الدقيق له . كما ان من غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه يكون ضامناً للحنطة والمحصول له

وكذا لو غصب بذر القز فعالجه حتى خرج الدود فهو للغاصب وعليه بدل البزر للمغصوب منه (هندية) وكذا الحكم في شاة ذبحها وطبخها او شواها ودقيق خبزه او عنب وز يتون عصره وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفاً وصفر جعله انية بخلاف ما لو ذبح شاة ولم يطبخها او لم يشوها فان حق مالكها لا ينقطع بالذبح المجرد حيث يقال شاة مذبوحة (درر) بل يخير المالك ان شاء طرحها على الغاصب واخذ قيمتها وان شاء اخذها وضمنه نقصانها (ملتقى) لوجود نقصان بعض منافعها كالدر والنسل دون بعض اذ لحمها منتفع به وكذا الحكم لو قطع يدها لان قطع اليد او الرجل كالذبح في الحكم فله الخيار المذكور في الذبح (مجمع الانهر) وكذا الحكم ايضاً لو قطع طرف دابة غير ماكولة كالفرس مثلاً فان صاحبها يخير ايضاً على الوجه المشروح الا انه اذا اختار اخذها ليس له ان يضمن الغاصب شيئاً من نقصان القيمة وعليه الفتوى (در مختار)

ولو غصب حنطة فطحنها او قماشاً فخاطه قميصاً ثم استحق منه الدقيق والقميص فللمغصوب منه ان يضمنه الحنطة والقماش (هندية) بخلاف ما لو استحقت الحنطة والقماش قبل ان يحدث فيهما تغييراً فانه يبرأ من الضمان للمغصوب منه

﴿ المادة ٩٠٠ ﴾ اذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لا يقبله ويطالب بقيمته وقت الغصب

قال في الدرر اذا رد الغاصب المغصوب الى مالكه بعد نقصان السعر فان كان الرد في مكان الغصب فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء من العين وان لم يكن الرد في مكان الغصب يخير المالك بين اخذ القيمة (اي على سعر مكان الغصب كما في الخانية) وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان ليسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلزمه الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر اه

ولكن اذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب يلزم الضمان

التقييد باستعمال الغاصب تبعاً الدر المختار ليس على ما ينبغي كما افاده الطحطاوي ونقل ايضاً عن مسكين ان الغاصب يضمن النقصان في النقلي المغصوب اذا نقص عنده سواء كان بفعله او بغير فعله كالعور والشلل وذهاب السمع والبصر. ونقل في رد المحتار عن الاتقاني ان المغصوب مضمون على الغاصب بمجرد الغصب فلم يتفاوت هلاكه بفعله او بغير فعله ولذا وجب قيمته يوم الغصب اه

مثلاً اذا ضعف الحيوان الذي غصب ورده الغاصب الى صاحبه فانه يضمن نقصان قيمته

وفي الخانية رجل حمل دابة انسان بغير اذنه حتى تورم ظهر الدابة فشقه صاحبها قال ابو الليث يتلوم ان اندمل لا ضمان عليه وان نقص فان كان من الشق فكذلك وان كان من الورم يضمن الغاصب. وكذا اذا ماتت وان اختلفا فالقول للذي استعمل الدابة بيمينه ان حلف برئ من ضمان الدابة ولا يبرأ من ضمان النقصان اه

كذلك اذا غصب ثياباً وخرقها فطرأ بذلك على قيمتها نقصان فان كان النقصان يسيراً يعني غير بالغ ربع القيمة اي قيمة المغصوب ضمن الغاصب نقصان قيمته

وتبقى العين للمالك لقيامها من كل وجه ما لم يجدد الغاصب فيها صنعةً (در مختار) اما اذا جدد فيها صنعةً بان خاطها قميصاً مثلاً فانه ينقطع به حق المالك عنها (طحطاوي) ومثل الخرق كل التعييب كقطع الثوب وتهريه واصفراره (هندية)

وان كان النقصان فاحشاً اي مساوياً لربع قيمته او اكثر فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه نقصان القيمة وان شاء تركه للغاصب واخذ منه كل قيمته

وكذا لو قطع اغصان شجرة اي اذا كان النقصان يسيراً ضمن نقصان القيمة وان كان فاحشاً ضمن كل القيمة واخذ الشجرة (علي افندي) وهذا اذا لم تكن العين مالاً ربوياً. قال الزيلعي والحكم الذي ذكرنا في خرق الثوب من تخيير المالك اذا كان الخرق فاحشاً هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان التعييب

هناك فاحشاً كان او يسيراً يثبت لصاحبها الخيار بين ان يمسك العين ولا يرجع عَلَى الغاصب بشيء وبين ان يسلمه العين ويضمنه مثلها او قيمتها لان تضمين النقصان متعذر لانه يودي الى الربا (طحطاوي)

❋ المادة ٩٠١ ❋ الحال المساوي للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب . فان المستودع لو انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعدٍ يكون ضامناً

فان يد المستودع كيد المودع قبل الجحود ولكن بعده ازيلت يد صاحبها حكماً (طحطاوي) ولكن في جامع الفصولين لو جحد الوديعة انما يضمنها اذا نقلها من مكان كانت فيه حال الجحود والا فلا ضمان ، غير انه نقل في الخلاصة عن المنتقى الضمان مطلقاً (رد محتار) قلت واطلاق المادة التي نحن في صددها يؤيد قول الخلاصة ثم اعلم انه لا فرق فيما اذا كانت الوديعة عقاراً او منقولاً . قال في مجمع الانهر والاصح ان العقار يضمن بالجحود في الوديعة اي اذا كان العقار وديعةً عنده فجحده كان ضامناً بالاتفاق اهـ . ومما يتفرع عَلَى هذه القاعدة المسائل الواردة في مواد ٤٨٣ و٥٤٥ و٥٤٩ و٦٠٢ و٦٠٦ و٦٥٠ و٧٥٩ و٩٨٣

❋ المادة ٩٠٢ ❋ لو خرج ملك واحد من يده بلا قصد كما لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته فان الاقل في القيمة يتبع الاكثر . يعني ان صاحب الارض التي قيمتها اكثر يضمن لصاحب الاقل قيمة ارضه ويتملكها . مثلاً لو كانت قيمة الروضة العليا قبل انهدامها خمسمائة وقيمة السفلى الفاً يضمن صاحب الثانية لصاحب الاولى خمسمائة ويتملكها كما اذا سقط من يد واحد لؤلوء قيمته خمسون والتقطته دجاجة قيمتها خمسة فصاحب اللؤلوء يعطي الخمسة وياخذ الدجاجة . انظر مواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩

وكذا لو ادخل البقر رأسه في قدر او اودع فيصلاً فكبر في بيت المودع ولم يمكن

اخراجه الا بهدم الجدار او سقط ديناره في محبرة ولم يمكن اخراجه الا بكسرها ونحو ذلك يضمن صاحب الاكثر قيمة الاقل «در مختار» وان كانت قيمتها على السواء فان اتفقا على شي فيها «طحطاوي» وان اختلفا يباع عليهما ويتقاسمان الثمن «خانية» ولو ابتلع رجل لؤلؤة فان بقي حياً يضمن قيمتها ولا ينتظر الى ان تخرج منه (در مختار)

✵ المادة ٩٠٣ ✵ زوائد المغصوب لصاحبه

والمراد بها الزوائد المتولدة الحاصلة في يد الغاصب بعد الغصب وهي سواء كانت متصلة كسمن وجمال او منفصلة كولد وثمر ودر امانة في يد الغاصب لا تضمن الا بالتعدي او المنع بعد طلب المالك (ملتقى) فلو قتل الغاصب المغصوب ضمنه مع الزيادة لكونه اتلفها تعدياً اما لو هلك المغصوب بعد الزيادة فيضمن قيمته يوم الغصب ولا يضمن الزيادة «رد محتار» لانها هلكت بغير فعله فلم يكن متعدياً وفي الحامدية فرس مشتركة بطريق الملك بين زيد وعمرو نصفين وهي عند زيد فاركبها لبكر بدون اذن عمرو وكانت حاملاً فولدت عند بكر قبل انتهاء مدة الحمل ونقصت قيمتها بذلك ومات المهر فان لعمرو ان يضمن زيداً نقصان قيمة الفرس بالولادة ولا يضمن قيمة الولد حيث لم يتعد عليه ولم يمنعه بعد الطلب اه

وانما كانت الزيادة امانة في يد الغاصب لعدم وجود حد الغصب فيها اذ لم توجد فيها ازالة اليد المحقة لكونها انما حصلت في يد الغاصب بايجاد الله تعالى ولا صنع للغاصب في احداث الولد فصار كما اذا هبت الريح على ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يكون مضموناً عليه لانه لم يوجد الصنع من جهته ولكنه يكون واجب الرد الى مالك الاصل . واذا فوت الرد بالتعدي والاكل والبيع ونحو ذلك او بالمنع بعد الطلب يكون ضامناً «طحطاوي» . وفي الدر المختار ولو طلب المالك الزيادة المتصلة فمنعها الغاصب لا يضمن اه لان دفعها غير ممكن فلا يكون مانعاً . بقي لو طالبها مع الاصل بان قال سلمني الدابة بعد السمن فمنعه لا يضمن حيث ذكر في المجمع ان الزيادة المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم اما المنفصلة فمضمونة اتفاقاً لانه بالتسليم الى المشتري صار متعدياً فحيث لا تضمن بالتسليم الى المشتري لا تضمن بالمنع ايضاً «رد محتار ملخصاً»

واذا استهلكها الغاصب ضمنها . مثلاً اذا استهلك الغاصب ما حدث منه لبن الحيوان المغصوب او فلوه حين كان في يده او من ثمر البستان

المغصوب حال وجوده في يده فانه يضمنه لان هذه الزوائد ملك المغصوب منه. كذلك لو غصب بيت نحل العسل مع نحله واستردها المغصوب منه فانه ياخذ ايضاً العسل الذي حصل عند الغاصب

لم يذكر حكم استهلاك الزوائد المتصلة وقد ذكرها في الهندية حيث قال وان استهلك الغاصب الزوائد المتصلة في غير الارض لا يضمن الزيادة عنده خلافاً لهما وهو الصحيح اه . ومثله في جامع الفصولين حيث قال لو غصب شاة فسمنت فذبحها الغاصب ضمن قيمتها يوم الغصب لا يوم الذبح عنده ، وعندهما يوم ذبحه اه

﴿ المادة ٩٠٤ ﴾ عسل النحل التي اتخذت مأواها في روضة رجل هو لصاحب الروضة

فيملكه مطلقاً اي وان لم يعد الروضة لذلك لان العسل صار من انزالها « در مختار » اي من ريعها فهو بفتح الهمزة جمع نزل . قال في المصباح نزل الطعام نزلاً كثر ريعه ونماؤه « رد محتار »

واذا اخذه غيره واستهلكه يضمن

وليس كذلك النحل لانه طائر يطير فلا يعد من انزال الارض فلا يملكه صاحبها بل هو في حكم الصيد وسيأتي في المادة ١٢٩٧ ان الصيد مباح فهو لمن سبقت يده اليه

الفصل الثاني

في المسائل المتعلقة بغصب العقار

المغصوب نوعان : منقول كالحيوان والثياب وقد مرت احكامه ، وغير منقول وهو العقار كالدور والحوانيت وقد مرَّ تعريفه في المادة ١٢٩ . فالعقار لا يتحقق فيه الغصب عند الامامين خلافاً لمحمد (ملتقى) لان الغصب ازالة يد المالك باثبات يد الغاصب وذلك يتصور في المنقول لا في العقار ، فلو اخذ احد عقاراً وهلك في يده بآفة سماوية كغلبة سيل لم يضمن عندهما لان الغصب تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة يد

المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله واقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما اذا ابعد المالك عن مواشيه ، وعند محمد يضمن لان عنده يتحقق الغصب في العقار لكون الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية وازالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لان اثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد غير ممكن لتعذر اجتماعهما فاذا ثبتت اليد العادية زالت اليد المحقة ضرورة واليد عبارة عن القدرة في التصرف وعدمها عدمه وهي في يد الغاصب ضرورة فانتفت يد المالك فيضمن (طحطاوي) وعامة المتون على قول الامامين والذي يظهر من تتبع هذا الفصل ان المجلة رجحت قولهما لانها لم توجب الضمان على الغاصب الا اذا هلك العقار بفعله او انتقص بسكناه كما هو قولهما ايضاً وستحققه في شرح المادة الاتية وفي الدر المنتقى وغيره ان بقولهما يفتى في غير الوقف وبقول محمد يفتى في الوقف وعقار اليتيم كالوقف اه ٠ ومثله ايضاً المعد للاستغلال فانه يضمن بالغصب والهلاك (حموي) وفي جامع الفصولين والاصح ان العقار يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود في الوديعة وبالرجوع عن الشهادة بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضا ضمنا اه ٠ غير انه يرد على ذلك ان الضمان في هذه المسائل من حيث كونه اتلافاً لا من حيث كونه غصباً اذ البيع والتسليم استهلاك كما في الخانية والضمان في الوديعة انما هو بترك الحفظ الملتزم بالجحود والضمان في الرجوع عن الشهادة ضمان اتلاف لا ضمان غصب اذ لو اقام الشاهد بينة ان العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصباً لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف (طحطاوي)

ثم اعلم ان غصب العقار انما لا يتحقق عندهما في حكم الضمان اما فيما وراء ذلك فيتحقق الا ترى انه يتحقق في وجوب رد المغصوب الى مالكه (در مختار) فلو لم يتحقق الغصب عندهما فيما عدا الضمان لما تحقق وجوب الرد (رد محتار) وكذا يتحقق الغصب ايضاً في استحقاق الاجرة (در مختار) فلو آجر الغاصب العقار فالاجر المسمى له لكونه عاقداً فلو لم يتحقق الغصب لكانت الاجرة للمالك لا للغاصب (رد محتار)

﴿ المادة ٩٠٥ ﴾ المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه من دون ان يغيره وينقصه واذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن قيمته

لانه اتلاف وقد يضمن بالاتلاف ما لا يضمن بالغصب « رد محتار » اما لو هلك او طرأ عليه نقصان بدون فعل الغاصب وصنعه اي بآفة سماوية فلا ضمان كما قدمنا

وفي الهندية اذا رفع التراب من ارض الغير فان لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع ان نقصت الارض برفعه ضمن النقصان وان لم تنقص فلا شيء عليه ولا يؤمر بالكبس وان قال به بعض العلماء وان كان للتراب قيمة في ذلك الموضع ضمن قيمته تمكن النقصان في الارض او لم يتمكن . ومن حفر حفرة في ارض غيره واضر ذلك في ارضه يلزم النقصان ومفاده انه لو لم يضر لا شيء عليه اه

مثلاً لو هدم محلاً من الدار التي غصبها او انهدم بسبب سكناه وطرأ على قيمتها نقصان فانه يضمن مقدار النقصان . كذلك لو احترقت الدار من النار التي اوقدها الغاصب فانهُ يضمن قيمتها مبنية

سوآ اوقد ناراً يوقد مثلها او لا لهلاك الدار بفعله . ولو هدم البنا رجل اخر غير الغاصب فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب و يرجع عَلَى الجاني وان شاء ضمن الجاني ولا يرجع على احد « طحطاوي »

﴿ المادة ٩٠٦ ﴾ ان كان المغصوب ارضاً فبنى الغاصب فيها بناء بغير تراب تلك الارض والا فالبنا لرب الارض لانه لو أمر بنقضه يصير تراباً كما كان « در منتقى »

او غرس فيها اشجاراً فانه يوءمر بقلعها ورد الارض

وان كانت قيمة البنا والغراس اكثر من قيمة الارض خلافاً للكرخي فانه قال قياساً على مسألة الدجاجة التي مرت في المادة ٩٠٢ انه لو قيمة البنا اكثر يضمن الغاصب قيمة الارض ويتملكها ولا يؤمر بالقلع . ولكن في الحامدية عن الانقروي انه لا يفتى بقول الكرخي صرح به المولى ابو السعود ثم قال و بالامر بالقلع افتى شيخ الاسلام علي افندي ، ونعم هذا الجواب فان فيه سد باب الظلم و يمكن ان يفرق بين هذه المسألة و بين مسألة الدجاجة ونحوها بانه في تلك امر اضطراري صدر بدون قصد معتبر واما الغصب فهو فعل اختياري مقصود اه . ثم اعلم ان هذا الاختلاف فيما

اذا كانت الارض ملكاً اما اذا كانت وقفاً فيؤمر الغاصب بالقلع والرد مطلقاً « مجمع الانهر » وفي الخانية رجل قلع شجرة من ارض رجل وغرسها في ناحية اخرى من تلك الارض فكبرت كانت الشجرة للغارس وعليه قيمتها يوم القلع ويؤمر بقطعها وان كان القلع يضر بالارض كان لصاحبها ان يعطيه قيمة الشجرة المقطوعة اه

وان كان القلع مضراً بالارض فللمغصوب منه ان يعطي قيمة البنا او الغرس مستحق القلع ويتملكه

جبراً على الغاصب وهذا اذا كان الضرر فاحشاً بحيث يفسد الارض، اما لو كان يسيراً بحيث ينقصها قليلاً فليس للمالك ان يتملك البنا والغرس بدون رضا الغاصب بل ياخذ ارضه ويقلع البنا او الاشجار ويضمن الغاصب النقصان (رد محتار عن السائحاني والمقدسي)

ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء اكثر من قيمة الارض وكان بنى او غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذٍ لصاحب الاشجار او البناء ان يعطي قيمة الارض ويتملكها . مثلاً لو انشأ واحد على العرصة الموروثة له من والده بناء تزيد نفقته على قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها

في قوله (تزيد نفقته) سوء تعبير لانه يوهم ان العبرة لما انفق وليس الامر كذلك اذ العبرة لقيمة الغرس والبنا في واقع الحال كما يستفاد من قوله (لو كانت قيمة الاشجار اوالبنآ از يد) وعلى هذا لو كانت قيمة الارض عشرين وقد انفق الغاصب على البنآ ثلاثين فلا تعد قيمة البنا اكثر من قيمة الارض بل يجب ان ينظر الى قيمة البنا في ذاته وكذا لو غرس اشجاراً في الارض التي اشتراها اي لا يجوز ان يحكم عليه بقلع الاشجار بل يعامل بموجب هذه الفقرة لانه غرس بزعم سبب شرعي وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٣ تموز ٣١١ (ج ٠ م ٠ عد ٨٦٥)

وهذه المسألة مفرعة على قاعدة الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف وهي مقيسة على مسألة الدجاجة التي مرت في المادة ٩٠٢ لوجود الشبه بينهما من حيث عدم التعدي والظلم فان في مسألة الدجاجة امراً اضطرارياً صدر بدون قصد معتبر وفي هذه المسألة

بنى بزعم سبب شرعي فلم يكن متعدياً فلا يكلف من ثم تحمل الضرر الاشد بل يزال الضرر عنه بالضرر الاخف. بقي لو كانت قيمة الارض مثل قيمة البنا او الغرس وان اصطلحا على شيء جاز وان تنازعا يباع البنا والارض ويقسم الثمن بينهما « در مختار »

تتمة : اذا بنى او غرس في ارض متروكة لمنافع العامة كالطريق والمرعى فانه يؤمر بالقلع في كل حال اي ولو كان القلع مضراً بالارض او كان قد بنى او غرس بتأويل ملك اذ ليس لبعض العامة او لكلهم اذا اجتمعوا ان يحولوا هذه الارض لغير ما وضعت له في الاصل

﴿ المادة ٩٠٧ ﴾ لو غصب واحد عرصة اخر وزرعها

ونبت الزرع فلصاحبها ان ياخذ الارض و يأمر الغاصب بقلع الزرع تفريغاً لملكه فان لم يحضر المالك حتى ادرك الزرع فالزرع للغاصب (فصولين)وان لم ينبت الزرع يخير صاحب الارض ان شاء تركها حتى ينبت الزرع فيأمر الغاصب بقلعه وان شاء اعطى الزارع ما زاد البزر فتقوم الارض مبذورة ببذر له حق القلع وتقوم غير مبذورة فيعطي فضل ما بينهما ، وعن ابي يوسف انه يعطي مثل بذره والاول اصح وفي الصيرفية ان الثاني هو المختار فهما قولان مصححان « طحطاوي »

ثم استردها صاحبها فانه يضمنه نقصان الارض الذي حدث بزراعته والزرع للغاصب كما قدمنا عن جامع الفصولين . قال طحطاوي ولكن رأيت في الهندية سوء الاعمن زرع ارض غيره ببذر نفسه بغير اذن صاحب الارض هل لصاحب الارض ان يطالبه بحصة الارض والجواب لشيخ الاسلام عطا ابن حمزة نعم ان جرى العرف في تلك القرية انهم يزرعون الارض بثلث الخارج او ربعه او نصفه او شيء مقدر شائع يجب ذلك القدر الذي جرى به العرف اه . ويمكن التوفيق بان هذا محمول على ما اذا جرى العرف بزراعة الارض بما ذكر ولو بغير اذن مالكها وما ذكر اولاً عن الفصولين على ما اذا لم يجرِ به عرف . ثم رأيت ما يفيد ذلك ورأيت في الهندية عن قاضيخان انه انما ينظر الى العادة اذا لم يعلم انه زرعها غصباً بان اقر الزارع عند الزرع انه انما يزرعها لنفسه لا على المزارعة او كان الرجل ممن لا ياخذ الارض مزارعة و يانف من ذلك يكون غاصباً ويكون الخارج له وعليه نقصان الارض

اه ملخصاً . قال في رد المحتار وفي الذخيرة مثل ما في الهندية ونص ما فيها قالوا ان كانت الارض معدة للزراعة بان كانت في قرية اعتاد اهلها زراعة ارض الغير وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه ويدفع ارضه مزارعة فذاك على المزارعة ولصاحب الارض ان يطالب المزارع بحصة الدهقان على ما هو متعارف عند اهل القرية النصف او الربع او ما اشبه ذلك وهكذا ذكر في فتاوى النسفي وهو نظير الدار المعدة للاجارة اذا سكنها انسان فانه يحمل على الاجارة وكذا ههنا وعلى هذا ادركت مشايخ زماني اه . وهذا كله لو كانت الارض ملكاً اما لو كانت وقفاً فيجب فيها الاجر والحصة بكل حال كما في جامع الفصولين ، وعبارته الا في الوقف فيجب فيه الاجر او الحصة باي جهة زرعها او سكنها اعدت للزراعة او لا وعلى هذا استقر فتوى عامة المتاخرين اه . فقوله تجب الحصة اي في زرع الارض وقوله والاجر اي في سكنى الدار ودخل في قوله باية جهة زرعها ما لو زرعها على وجه الغصب صريحاً او دلالة او على وجه المزارعة او تأويل عقد فان ذلك مذكور في عبارة الفصولين قبل قوله الا في الوقف ويمكن تفسير قوله فتجب الحصة اي ان كان عرف وقوله او الاجر اي ان لم يكن عرف او كان الاجر انفع للوقف تأمل والحاصل انه ان كانت الارض ملكاً فان اعدها ربها للزراعة اعتبر العرف في الحصة والا فان اعدها للايجار فالخارج للزارع وعليه اجر المثل والا فعليه النقصان ان انتقصت وان كانت وقفاً فان كان ثمة عرف وكان انفع اعتبر والا فاجر المثل لقولهم يفتى بما هو انفع للوقف اه ملخصاً . وزاد في الحامدية ولو كانت الارض ليتيم فحكمها حكم ارض الوقف اه . انظر المادة ٤٦

وفي الهندية زرع ارض نفسه فجاء آخر والقى بزره في تلك الارض وقلب الارض ثم نبت البزر وادرك فالزرع كله للثاني وعليه لصاحب الارض قيمة زرعه مزروعاً في ارضه ، فان جاء صاحب البزر الاول والقى بزر نفسه مرة اخرى وقلب الارض قبل ان ينبت الزرع او لم يقلب وسقى الارض فنبت البزر كله فجميع ما نبت لصاحب الارض وعليه للغاصب قيمة بزره ولكن مبزوراً في ارض غيره اه

كذلك لو زرع واحد مستقلاً ارضاً يملكها بالاشتراك مع آخر بلا اذنه فلشريكه بعد استرداد حصته من الارض ان يضمنه ما يصيبه من نقصانها الذي حدث بزراعته

وليس له ان ياخذ من الزارع حصة نصيبه من الغلة ولو جرى العرف بذلك في تلك القرية انظر المادة ١٠٧٦ . وفي حاشية الطحطاوي عن المجتبى ولو زرعها احد الشريكين بغير اذن صاحبه فدفع اليه صاحبه نصف البزر ليكون الزرع بينهما قبل النبات لم يجز وبعده يجوز وان اراد قلع الزرع من نصيبه يقاسمه الارض فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الارض بالقلع اه

﴿ المادة ٩٠٨ ﴾ اذا كرب ارضاً غصبها ثم استردها صاحبها فليس للغاصب ان يطالب باجرة الكراب

لكونه متبرعاً وليس الكراب مالاً متقوماً ليسترده الغاصب . قال في الهندية وان كان الغاصب زاد في الارض من عنده ان لم تكن الزيادة مالاً متقوماً بان كرب الارض وحفر النهر او القى في الارض سرقيناً واختلط بالتراب وصار بمنزلة المستهلك فان القيم يسترد الارض بغير شيء اه . وفي الخانية ولو غصب نخلاً او زرعاً فسقاه وانفق عليه حتى انتهى فلا شيء له وكذا لو قصر الثوب المغصوب اه

﴿ المادة ٩٠٩ ﴾ لو شغل واحد عرصة آخر بكناسة او غيرها فانه يجبر على رفع ما وضعه وتخلية العرصة

وكذا الحكم لو شغل ماله ارض غيره بغير فعله كما لو انهدم حائطه على ارض جاره فتفريغ الارض من انقاض البناء على صاحبه

فرع : دفن ميتاً في قبر حفره غيره فان كانت الارض ملك الحافر كان له نبش القبر واخراج الجثة اما اذا كانت ارضاً مباحة او موقوفة لدفن الموتى فليس له ذلك وانما يضمن الحافر الثاني نفقة الحفر الذي كان باشره (بزازية)

الفصل الثالث

في حكم غاصب الغاصب

﴿ المادة ٩١٠ ﴾ غاصب الغاصب في حكم عين الغاصب

وكذا مودع الغاصب والمرتهن منه والمنتهب والمستعير والمستأجر من الغاصب (رد

محتار) وكذا من اخذ المغصوب من الغاصب ليرده الى مالكه (هندية) انظر المادة الاتية

فاذا غصب المغصوب من الغاصب رجل آخر واتلفه او تلف في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمن الغاصب الثاني وله ان يضمن الاول بعضه والثاني البعض الآخر

غير انه اذا اختار تضمين احدهما لا يملك تركه وتضمين الاخر عندهما وعند ابي يوسف له ذلك وصحح اكثرهم قولهما حتى قالوا بان المالك لا يملك تضمين الاخر بعد ان اختار تضمين احدهما ولو لم يقبض القيمة من الذي اختار تضمينه بل ولو لم يقض عليه بالقيمة بل لو توى المال عليه بان كان الذي اختار تضمينه معدماً او مات مفلساً (جامع الفصولين) قال في رد المحتار وشمل تضمين احدهما البعض فليس له بعد ان ضمن احدهما البعض ان يضمن ذلك البعض للآخر بخلاف الباقي اه

ثم اعلم ان قولهم المغصوب منه مخير بين تضمين الغاصب وغاصب الغاصب يستثنى منه مسألة واحدة وهي اذا كان المغصوب وقفاً ثم غصبه من الغاصب غاصب اخر بعدما زادت قيمة المغصوب وكان الغاصب الثاني ملياً فان الضمان على الثاني (تنوير) وذلك لان كلاً من الغاصب وغاصب الغاصب انما يضمن القيمة يوم غصبه كما في الهندية وغيرها فلو كانت القيمة يوم غصبه الغاصب الفاً ثم زادت الى الفين يوم غصبه منه آخر فاختار المالك تضمين الاول فانه يضمنه الفاً وان اختار تضمين الثاني فيضمنه الفين

واذا ضمن الغاصب الاول رجع على الثاني واما اذا ضمن الثاني فليس له ان يرجع على الاول

﴿المادة ٩١١﴾ اذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الاول بريء وحده وان رده الى المغصوب منه برئا كلاهما

ولكن انما يبرأ غاصب الغاصب برده الى الغاصب الاول اذا كان رده معروفاً بقضا او بينة او تصديق المالك لا باقرار الغاصب اذ لو اقر الغاصب بقبضه منه وانكره المالك لا يصدق في حق المالك (رملي على الفصولين) و يبرا ايضاً الغاصب الثاني اذا

هلاك المغصوب في يده وادّى القيمة الى الغاصب الاول بشرط ان يكون دفع القيمة الى الغاصب الاول معروفاً بالقضا او بالبينة او تصديق المالك والا فلا يبرأ (تنوير) لانه بقبضه المغصوب دخل في ضمانه وبدعواه الرد يدفع الضمان عن نفسه فلا يصدق (رد محتار)

الباب الثاني

في الاتلاف ويحتوي على اربعة فصول

الفصل الاول

في مباشرة الاتلاف

﴿المادة ٩١٢﴾ اذا اتلف واحد مال غيره الذي في يده او في يد امينه قصداً او من غير قصد يضمن

راجع المادة ٩٢ وفي حاشية الطحطاوي لو كان في يد انسان درة فضرب رجل على يده فوقعت في البحر يضمن اه. وفي الخانية رجل بعث رجلاً الى ماشيته ليأتي بها فركب المامور دابة الآمر فان كان بينهما انبساط في ان يفعل في ماله مثل هذا لا يضمن وان لم يكن ضمن اه. وفيها رجل خرق صك رجل او دفتر حسابه تكلموا فيما يجب عليه واصح ما قيل انه يضمن قيمة الصك مكتوباً اه

اما اذا اتلف المال المغصوب وهو في يد الغاصب رجل غيره فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمنه المتلف وليس له الرجوع على الغاصب

وانما يرجع الغاصب على المتلف لانه قرر عليه ضماناً كان يمكنه ان يتخلص منه برد العين الى صاحبها (رد محتار)

تتمة: الاجازة لا تلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره تعدياً فقال المالك اجزت او رضيت لم يبرأ من الضمان (تنوير) ومثله في البزازية حيث قال لو اتخذ احد الورثة

ضيافة من التركة حال غيبة الاخرين ثم قدموا واجازوا ثم ارادوا تضمينه لهم ذلك لان الاتلاف لا يتوقف حتى تلحقه الاجازة اه٠ولكن في جامع الفصولين ما يخالفه حيث قال بعث دينه بيد رجل الى الدائن فجاء اليه الرجل واخبره به وقال اشترِ لي به شيئاً ثم هلك الدين قيل يهلك من مال المديون وقيل من مال الدائن وهو الصحيح اذ الرضا بقبضه في الانتهاء كالاذن ابتداء اه٠ وهذا التعليل اشارة الى ان الصحيح ان الاجازة تلحق الافعال وهو الصحيح.وقد وفق بعض المشايخ بين القولين بان المراد بالافعال في القول الثاني غير الاتلاف عملاً بقول المشايخ كلهم مع امكان الحمل اي ان الافعال منها ما يكون اعداماً ومنها ما يكون ايجاداً فيحمل قول المشايخ عَلَى الفعل الذي لا يكون اعداماً (رد محتار) ثم رأيت في التنوير في شتى الوصايا ما نصه : الاجازة تلحق الافعال على الصحيح فلو غصب عيناً لانسان فاجاز المالك غصبه صح فيبرا الغاصب عن الضمان اه قال في رد المحتار وهو الصحيح اه٠ قلت وهذا مؤيد لما قاله المشايخ من الفرق بين القولين اذ نقلت اولا عن التنوير بان الاجازة لا تلحق الاتلاف ثم قال الاجازة تلحق الافعال فالظاهر انه فرق بين الاتلاف والافعال, تأمل

✻ المادة ٩١٣ ✻ اذا زلق واحد وسقط فاتلف مال آخر ضمنه

ولو كان قد زلق رغماً عنه لان الاتلاف هنا حدث مباشرة والمباشر ضامن وان لم يتعمد راجع المادة ٩٢ ٠وفي الفيضية ماشٍ في الطريق ومعه قارورة دهن استقبله اخر فاصطدما فانكسرت القارورة وسال الدهن عَلَى ثوب المستقبل وافسده ان مشى صاحب القارورة فاصاب الدهن الثوب فهو الضامن للثوب وان مشى المستقبل ضمن الدهن والقارورة لان الماشي هو الصادم اه

✻ المادة ٩١٤ ✻ لو اتلف واحد مال غيره على ظن منه انه ماله يضمن

لان الجهل وان اعفاه من الاثم لا يعفيه من الضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على علمه وقصده (مجمع الانهر)

✻ المادة ٩١٥ ✻ لو سحب واحد ثياب غيره وشقها ضمن جميع قيمتها

اما لو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها فانه يضمن نصف القيمة ٠ كذلك لو

جلس واحد على اذيال ثياب فنهض صاحبها غير عالم بجلوس الاخر عليها وانشقت فانه يضمن نصف قيمتها

انما يضمن الساحب جميع القيمة في الصورة الاولى لان الثياب تخزقت بفعله وهو مباشر فيضمن كل القيمة راجع المادة ٩٢ وانما ضمن نصف القيمة في الصورة الثانية والثالثة لان الاتلاف حصل بفعله وفعل صاحب الثياب فينصف الضمان· وفي الخانية ولو عض رجل ذراع انسان فجذب صاحب اليد يده فسقط اسنان ذلك الرجل وذهب لحم ذراع هذا فدية الاسنان هدر ويضمن العاض ارش ذراع هذا اه

﴿ المادة ٩١٦ ﴾ اذا اتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله

ولو كان غير مميز لانه وان كان محجوراً في الاصل حتى لا تعتبر تصرفاته القولية الا انه لا يعفى من ضمان الضرر الذي نشأ عن فعله كما سيأتي في المادة ٩٦٠

وان لم يكن له مال ينتظر الى حين الميسرة ولا يضمن وليه

لانه لم يمكن اضافة فعله الى وليه ما لم يكن آمراً ولو كان غير مجبر· قال في الاشباه امر صبياً باتلاف مال الغير فاتلفهُ ضمن الصبي و يرجع به عَلَى الامر اه وقد استوفينا الكلام على ذلك في شرح المادة ٨٩

﴿ المادة ٩١٧ ﴾ لو طرأ بفعله على مال غيره نقصان في قيمته فانهُ يضمن نقصان القيمة

فلو سقى ارضه سقياً لا تحتمله فتعدى الماء الى ارض جاره ضمن لانه مباشر لا متسبب (تنوير) وقوله لا تحتمله يعني لا تحتمل بقاءه بان كانت ارضه صعوداً وارض جاره هبوطاً يعلم انه لو سقى ارضه نفذ الى جاره فانه حينئذٍ يضمن ولو كان يستقر في ارضه ثم يتعدى الى ارض جاره فلو تقدم اليه جاره بالاحكام ولم يفعل ضمن ويكون هذا كاشهاد على حائط ولو لم يتقدم لم يضمن كما في جامع الفصولين وفي الخانية انه يؤمر بوضع المسناة حتى يصير مانعاً و يمنع عن السقي قبل وضع المسناة وان لم يتقدم اليه جاره لا يمنع عن السقي انظر المادة ٩٢٢ وكذا لو اخذ تراباً من ارض رجل ولم يكن للتراب قيمة وانما نقصت الارض بذلك فانه يضمن قيمة النقصان(بزازية) اما لو كان للتراب قيمة فيضمن قيمته سوآء نقصت الارض او لم تنقص (فيضية) وفي

الهندية جز صوف غنم لغيره فان لم تنقص قيمة الغنم ضمن مثل الصوف وان نقصت فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه مثل الصوف وان شاء ضمنه قيمة النقصان

﴿المادة ٩١٨﴾ اذا هدم واحد بغير حق عقار غيره كالحانوت والخان فصاحبه بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض وضمنه القيمة الباقية واخذ هو الانقاض ولكن اذا بناه الغاصب كالاول فانه يبرأ من الضمان

ولكن لا يجبر على بنائه لانه ليس من ذوات الامثال وطريقة تقويم القيمة ان يقوم البناء المهدوم على الوجه الذي مر في المادة ٨٨٢. وفي الهندية هدم جدار غيره من التراب واعاده كما كان برئ من الضمان وان كان من الخشب فاعاده كما كان فكذلك وان بناه من خشب آخر لا يبرا لانه متفاوت حتى لو علم ان الثاني اجود يبرا اه. وفي فتاوى قارئ الهداية فيمن استأجر داراً وقفاً فهدمها وجعلها طاحوناً او فرناً اجاب بانه ينظر القاضي ان كان ما غيرها اليه انفع واكثر ريعاً اخذ منه الاجرة وابقى ما عمره للوقف وهو متبرع والا ألزمه بهدمه واعادته الى الصفة الاولى اه. وفي الهندية احضر فعلة لهدم داره فجاء اخر وهدم بغير اذنه لا يضمن استحساناً اه

﴿المادة ٩١٩﴾ لو هدم واحد داراً بلا اذن صاحبها لاجل وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم قد هدمها بامر اولي الامر لا ضمان عليه وان كان هدمها من عند نفسه كان ضامناً

ولو كانت الدار مشرفة على الهلاك ولو كان قد هدمها حتى ينقطع الحريق عن داره ضمن ايضاً (رد محتار) لانه وان كان مضطراً فالاضطرار لا يبطل حق الغير راجع المادة ٣٣ وانما لا يضمن فيما لو هدمها بامر ولاة الامر لان لهم ولاية عامة فيصح امرهم لدفع الضرر العام. وفي الدر المختار ركب دار غيره لاطفاء حريق وقع في البلد فانهدم شيء بركوبه لم يضمن لان ضرر الحريق عام فكان لكل دفعه اه. وهذا لا يعارض ما جاء في متن المادة لان بين الهدم والانهدام بوناً بعيداً ثم ان قوله في المتن وانقطع الحريق ليس قيداً احترازياً لان الحكم كذلك ولو لم ينقطع

﴿ المادة ٩٢٠ ﴾ لو قطع واحد اشجاراً في روضة غيره بغير حق فصاحبها مخير ان شاء اخذ قيمة الاشجار قائمة وترك الاشجار المقطوعة للقاطع وان شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة واخذ الباقي والاشجار المقطوعة . مثلاً لو كانت قيمة الروضة والاشجار قائمة فيها عشرة الاف وبلا اشجار خمسة الاف وقيمة الاشجار المقطوعة الفين فصاحبها بالخيار ان شاء ترك الاشجار المقطوعة للقاطع واخذ خمسة الاف وان شاء اخذ ثلاثة الاف والاشجار المقطوعة

وان كانت قيمة الاشجار مقطوعة وغير مقطوعة سواء فلا شيء على القاطع (هندية) وقولهُ بغير حق احتراز به عما لو قطعها بحق كما لو تدلت اغصان شجرة غيره على ارضه ولم يمكنه شدها بالربط فقطعها فانه لا يضمن انظر شرح المادة ١١٩٦

﴿ المادة ٩٢١ ﴾ ليس للمظلوم ان يظلم غيره لانه ظلم . مثلاً لو اتلف زيد مال عمرو مقابلة لانه اتلف ماله كانا كلاهما ضامنين . وكذا لو اتلف رجل من قبيلة مال رجل اخر من قبيلة اخرى فاتلف هذا مال رجل من تلك القبيلة فانه يضمن كل منهما المال الذي اتلفه كما انه لو خدع واحد فاخذ نقوداً زائفة من اخر فليس له ان يصرفها الى غيره

الفصل الثاني

في الاتلاف تسبباً

﴿ المادة ٩٢٢ ﴾ لو اتلف واحد مال آخر او نقص قيمته تسبباً يعني لو فعل ما كان سبباً مفضياً الى تلف مال او نقصان قيمته كان ضامناً

بشرط ان يكون متعمداً كما مر في المادة ٩٣ او متعدياً كما سيأتي في المادة ٩٢٤

مثلاً اذا تمسك واحد بثياب آخر وحال مجاذبتهما سقط مما عليه شيء وتلف او تعيب كان المتمسك ضامناً

والقول قوله في مقدار ما سقط . وكذا لو انكر السقوط اصلاً ما لم يبرهن الآخر (حامدية) . وفي القنية خرقت احدى المرأتين اذن الاخرى في المشاجرة فسقط القرط منها فضاع تضمن اهـ . ولكن قال في الخانية لو سقط بالقرب من صاحبه فرآه وكان قادراً على اخذه فلا ضمان على الآخر والا ضمن

وكذا لو سد واحد ماء ارض لآخر او ماء روضته ويبست مزروعاته ومغروساته وتلفت او افاض الماء بزيادة ففرغت المزروعات وتلفت كان ضامناً

اما لو منعه عن سقاية زرعه ففسد زرعه لا يضمن . ولو منع مواشي احد عن صاحبها فهلكت ضمن اما لو منع المالك عن مواشيه فهلكت لا يضمن . ولو حبس رجلاً حتى ضاع ماله لا يضمن ايضاً اما لو حبس المال عن المالك ضمن . واذا حال بين المالك واملاكه حتى تلفت لا يضمن ، ولو فعل ذلك في المنقول ضمن . والاصل ان الغصب عبارة عن ايقاع الفعل فيما يمكن نقله بغير اذن مالكه على وجه متعلق الضمان به اما من غير فعل في المحل لا يصير غاصباً حتى لو منع رجلاً من دخول داره ولم يمكنه من اخذ ماله لم يكن بذلك غاصباً (حامدية ملخصاً) ولكن في الخانية ما يخالفه حيث قال : رجل غصب عجلاً فاستهلكه ويبس لبن امه يضمن الغاصب قيمة العجل ونقصان الام لان الهلاك اي هلاك الولد اوجب نقصان الام وان لم يفعل الغاصب في الام فعلاً اهـ . ولكن قال في رد المحتار بان وجوب الضمان في هذه الصورة لا باعتبار تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدي وان لم يتحقق الغصب اهـ فليكن التوفيق

وكذا لو فتح واحد باب اصطبل لآخر وفرت حيواناته وضاعت او فتح باب قفصه وفر الطير الذي كان فيه فانه يضمن

هذا على قول الامام محمد اما على قولهما فلا ضمان عليه لانه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو ذهاب الدابة وطيران الطيور واختيارهم صحيح والاختيار لا

بعدم بانه دام العقل فيضاف التلف الى المباشر دون المتسبب. واما محمد فقد فرق بين ذي العقل وغيره (مجمع الانهر). وفي الانقروي ولو فتح باب دار فسرق آخر منها لا يضمن الفاتح سواء سرق عقيب الفتح او بعده. وكذا اذا حل رباط دابة فسرقها انسان او فتح باب قفص فاخذ الطير انسان لا ضمان على الذي حل وفتح بالاتفاق اه. قلت ان عدم ايجاب الضمان في هذه الصور بالاجماع انه تخلل بين فعل المسبب فعل فاعل مختار هو ذو عقل وقد مر في مادة ٩٠ انه اذا اجتمع المباشر والمسبب يضاف الحكم الى المباشر وهذا لا يخالف ما مر في متن المادة لان ذاك فيما اذا لم يكن المباشر ذا عقل كالدابة والطير ونحوهما اذ لا يمكن اضافة الحكم اليه ومن هذا القبيل ما لو حل رجل سفينة مشدودة في يوم ريح شديدة فغرقت السفينة فانه يضمن سواء سارت لماحلت او ثبتت بعد الحل ساعة ثم سارت وغرقت انظر المادة ٩٢٥. وفي الخانية دابة رجل في مربطه مشدودة والباب مغلق فجاء انسان وحل الدابة ثم جاء اخر وفتح الباب فذهبت الدابة قال محمد الضمان عَلَى الذي فتح الباب وكذلك الغنم اه

﴿ المادة ٩٢٣ ﴾ لو جفلت دابة واحد من الآخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان، اما اذا اجفلها قصداً فانه يضمن. وكذا لو جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد فوقعت وتلفت او انكسر احد اعضائها لا يلزم الضمان. واما اذا كان الصياد قد رمى البندقية قاصداً اجفالها فانه يضمن. راجع المادة ٩٣

وفي الخانية لو وضع شيئاً في طريق المسلمين فنفرت منه دابة فاتلفت انساناً لا ضمان فيه على الذي وضع اه

﴿ المادة ٩٢٤ ﴾ يشترط التعدي ليكون التسبب موجباً للضمان على ما ذكر آنفاً. يعني ان ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلاً مفضياً الى ذلك الضرر. مثلاً لو حفر واحد في الطريق العام بئراً بلا اذن اولي الامر ووقعت فيه دابة لآخر وتلفت فانه يضمن

ولو حفر بئراً في الطريق ثم جاء اخر ووسع راسها فسقط فيها انسان فمات كان

الضمان عليهما نصفين هكذا ذكر في الكتاب واطلق الجواب اطلاقاً . وقد حكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يفصل الجواب في ذلك تفصيلاً فيقول ان وسع الثاني توسيعاً بحيث يعلم ان وضع القدم من الواقع لاقى الحفرين جميعاً فالضمان عليهما نصفان، وان وسع الثاني شيئاً يسيرا بحيث يعلم ان وضع القدم من الواقع لا يلاقي موضع حفر الثاني وانما يلاقي حفر الاول فالضمان على الاول دون الثاني، وان وسع الثاني توسيعاً بحيث يعلم ان وضع القدم من الواقع لم يلاق الاول وانما لاقى حفر الثاني فالضمان على الثاني ، وان كان التوسيع بحيث يجوز ان يكون وضع القدم ملاقياً للحفرين و يجوز ان لا يكون فالضمان عليهما نصفان (هندية) وفي الخانية وان حفر بئراً في الطريق ثم كبسها ان كبسها بالتراب او بالحصى او بما هو من اجزاء الارض ثم جاء اخر وفرغها ثم وقع فيها انسان ومات ضمن الثاني ، ولو كان الاول كبس البئر بالطعام او بما ليس من اجزاء الارض يضمن الاول لان في الوجه الاول بعد الكبس بما هو من اجزاء الارض لا يبقى بئرا وفي الوجه الثاني يبقى بئراً . وكذا لو حفر بئراً في الطريق ثم غطى راسها فجاء اخر ورفع الغطاء ثم وقع فيها انسان ضمن الاول ، ولو حفر بئراً في الطريق فجاء اخر وحفر منها طائفة في اسفلها ثم وقع فيها انسان ومات فالضمان عليهما استحساناً . ولو حفر بئراً في ملكه ثم سقط فيها شخص وفيها انسان او دابة فقتل الساقط ذلك الانسان او الدابة فالضمان على الساقط ، وان كان البئر في الطريق كان الضمان على حافر البئر فيما اصاب الساقط والمسقوط عليه لان الحافر اذا كان متعدياً في الحفر كان بمنزلة الدافع لمن سقط في البئر والساقط بمنزلة المدفوع فيكون تلف الكل مضافاً الى الحافر ، اما اذا حفر في ملك نفسه فالسقوط يكون مضافاً الى الساقط كرجل تردى من جبل على رجل فقتله يضمن دية القتيل اه . وفيها رجل حفر بئراً في الطريق فسقط فيها رجل فتعلق هذا الرجل برجل اخر وتعلق الثاني باخر ووقعوا فيها جميعاً وماتوا وان لم يعلم كيف ماتوا ولم يقع بعضهم عَلَى بعض فدية الاول تكون عَلَى الحافر لانه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر ودية الثاني تكون على الاول لان الاول هو الذي اوقعه حيث جرّه الى نفسه ودية الثالث تكون عَلَى الثاني لهذا المعنى ، وان كان بعضهم وقع عَلَى بعض في البئر ولا يعلم كيف كان حالهم ففي القياس وهو قول محمد دية الاول على عاقلة الحافر ودية الثاني على عاقلة الاول ودية الثالث على عاقلة الثاني . وذكر في الكتاب قول اخر قيل انه قول الامامين وهو ان دية

الاول تكون اثلاثاً ، ثلثها على الحافر ، وثلثها على الثاني ، وثلثها هدر ، ودية الثاني نصفها هدر ونصفها على الاول ، ودية الثالث كلها على الثاني اه

اما اذا وقعت الدابة في بئر كان قد حفره في ملكه وتلفت فلا يضمن

وكذا لو حفره في مكان له حق الحفر فيه لا ضمان عليه لان الجواز الشرعي ينافي الضمان كما مرّ في المادة ٩١ . ولو كانت دار بين ثلاثة فحفر فيها احدهم بئراً او بنى حائطاً بغير اذن شريكه فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية ، وان كان الحفر والبنا باذن الباقين لا شيء عليه (هندية) . ولو احرق حصائد في ارضه او في ارض مستاجرة اومستعارة ومثله ارض بيت المال المعدة لحط القوافل والاحمال ومرعى الدواب وطرح الحصائد فاحترق شيء من ارض غيره لم يضمن لانه تسبب لا مباشرة ما لم يوقد ناراً لا يوقد مثلها او ما لم تكن ارض الجار قريبة بحيث يصل اليها شرار النار غالباً او ما لم تضطرب الرياح فلو كانت مضطربة ضمن لانه يعلم انها لا تستقر في ارضه فيكون مباشراً . وكذا كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه لا يضمن على كل حال اذا تلف بذلك الموضع شيء بخلاف ما اذا لم يكن للواضع فيه حق الوضع حيث يضمن الواضع اذا تلف به شيء كوضع جرة في الطريق ثم آخر اخرى فتدحرجتا فانكسرتا ضمن كل جرة صاحبه اه عن الدر المختار ورد المحتار . وفي الخانية اوقد في تنوره ناراً فالقى فيه من الحطب مالا يحتمله التنور فاحترق بيته وتعدى الى دار جاره فاحرقها ضمن صاحب التنور . ولو وضع جمرة على حائط فسقطت على رجل فاتلفته لا يضمن الواضع اذا كان له حق الوضع على الحائط لانه لا يكون متعدياً اه . وفي الهندية ادخل دابته في دار رجل بغير اذنه فاخرجها صاحب الدار وهلكت لا يضمن . ولو وضع ثوباً في بيت رجل بغير اذنه فرمى به صاحب البيت حال غيبة المالك ضمن قيمة الثوب اه . وفي فتاوى علي افندي عن الذخيرة دابة رجل دخلت زرع انسان واخرجها صاحب الزرع فجاء ذئب فاكلها ، ان اخرجها ولم يسقها بعد ذلك فلا ضمان عليه عند اكثر المشايخ وهو المختار للفتوى لان له ولاية الاخراج اذ انه فعل ما يجب على المالك ان يفعل لو رفع الامر الى القاضي ، وان ساقها بعد ما اخرجها فاكثر المشايخ على انه يضمن سواء ساقها الى مكان يأمن عليها من زرعه او اكثر من ذلك وعليه الفتوى اه . وفيها عن التتارخانية هدم بيت نفسه فانهدم من ذلك بيت جاره لا يضمن لانه غير متعدٍ فيه . وفيها عن

قاضيخان ارباب السفن اذا اوقفوا السفن عَلَى الشط فجاءت سفينة فاصابت السفينة الواقفة فانكسرت الواقفة كان ضمانها على صاحب السفينة الجائية فان انكسرت الجائية لا يضمن صاحب الواقفة لان الامام اذن لارباب السفن بايقاف السفن على الشط فلا يكون فعلهم تعديا اه . ولو تجاذب رجلان حبلاً فانقطع الحبل فسقطا على القفا وماتا هدر دمهما لموت كل بقوة نفسه ، وان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الاخر لموته بقوة صاحبه ،فان تعاكسا بان وقع احدهما على القفا والاخر على الوجه فدية الواقع على الوجه على عاقلة الاخر لموته بقوة صاحبه وهدر دم من وقع على القفا لموته بقوة نفسه ولو قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل منهما على القفا فمات فديتهما على عاقلة القاطع لتسببه بالقطع (تنوير)

﴿ المادة ٩٢٥ ﴾ لو فعل واحد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء فحل في ذلك الشيء فعل اختياري كأن جاء آخر فاتلفه مباشرة فالضمان على ذلك الفاعل المباشر صاحب الفعل الاختياري . راجع مادة ٩٠

يعني اذا اجتمع المسبب والمباشر اضيف الحكم الى المباشر ، غير ان ذلك محله فيما اذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما لو حفر احد بئراً في الطريق العام فاتى آخر والقى حيواناً في ذلك البئر فان الضمان على الذي القى الحيوان ولا شيء على الحافر لان الحفر لا يعمل شيئاً بانفراده . وكذا لو خرج من الخان وترك الباب مفتوحاً فدخله سارق وسرق ما في الخان فالضمان على السارق (بزازية) . واما اذا كان السبب يعمل بانفراده فالضمان على المسبب والمباشر كما لو نخس رجل دابة باذن راكبها فوطئت احداً فالضمان عليهما . وان كان الناخس مسبباً لان السبب في هذه الصورة يعمل بانفراده في التلف فلا يزول بالمباشر (هندية) انظر شرح المادة ٩٣٣

تتمة : حفر بئراً في الطريق فوقع فيها انسان ومات فقال الحافر انه القى نفسه فيها وكذبته الورثة فالقول للحافر لان الظاهر ان البصير يرى موضع قدمه وان كان الظاهر ان الانسان لا يوقع نفسه فاذا وقع الشك لا يجب الضمان بالشك (خانية)

الفصل الثالث

فيما يحدث في الطريق العام

﴿ المادة ٩٢٦ ﴾ لكل واحد حق المرور في الطريق العام ولكن بشرط السلامة يعني ان مروره مقيد بشرط ان لا يضر غيره بما يمكن التحرز منه

لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه اي الطريق مشتركاً بين كل الناس فقلنا بالاباحة بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين (درر) وانما نقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه لانه لو شرط عليه السلامة مطلقاً لتعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع عن المشي والسير مخافة ان يبتلي بما لا يمكن ان يتحرز عنه . والاحتراز عن الوطئ والاصابة باليد او الرجل والكدم وهو العض بمقدم الاسنان والخبط وهو الضرب باليد والصدم وهو الضرب بنفس الدابة وما اشبه ذلك ممكن لانه في وسع الراكب اذا امعن النظر في ذلك (مجمع الانهر) بخلاف النفحة بالرجل او الذنب حال كون الراكب سائراً لانه لا يمكن التحرز عنه فلم يتقيد بشرط السلامة (طحطاوي) . والمراد بالطريق العام الطريق النافذ الواقع في الامصار والقرى دون الطريق في المفاوز والصحارى لانه يمكن العدول عنها غالباً كما في الزاهدي (رد محتار)

فلو سقط في الطريق العام عن ظهر الحمال حمل واتلف مال واحد فالحمال ضامن

وكذا اذا سقط ما على الحمال فعثر به انسان (هداية) لان حمل المتاع في الطريق مباح لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف او الصيد «طحطاوي» اما لو سقط عنه رداء هو لابسه فتلف به شيء فلا ضمان عليه اذ اللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيقع الحرج بالتقييد بوصف السلامة . وعند محمد اذا لبس ما لا يلبس عادةً كدروع الحرب والجوالق يضمن لان هذا اللبس بمنزلة الحمل وفي الحمل يضمن (مجمع الانهر)

وكذا اذا احرقت ثياب واحد كان ماراً في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضرب به الحديد ضمن الحداد ثياب ذلك المار

اما لو لم يضرب به الحداد بل طارت الشرارة من فعل الريح لا يضمن الحداد (در مختار) واذا ضرب الحداد الحديد فاتلف الشرار شيئاً في دكانه مع رجل دخل به عنده لا يضمن لعدم التعدي فهو كحفر البئر في ملكه . ومثل ذلك بل اولى اذا اصابت شرارة في دكانه ذخيرة بندقية فخرجت وقتلت شخصاً فيما يظهر وهي حادثة الفتوى (طحطاوي) وفي الهندية ولو مر بالنار في محل له حق المرور فوقعت شرارة في ملك انسان او القتها الريح لا يضمن ، وان لم يكن له حق المرور في ذلك الموضع ان وقعت منه شرارة يضمن

﴿ المادة ٩٢٧ ﴾ لا يجوز بدون اذن اولي الامر الجلوس في الطريق العام لبيع وشرآ

ونحوهما واطلاقه يشمل ما اذا كان مضراً او لا خلافاً لما في بعض الشروح كالدر المختار ومجمع الانهر حيث صرح فيهما بالجواز ان لم يضر وبعدمه ان اضر

ووضع شيء واحداثه بلا اذن ومن فعل ذلك كان ضامناً الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل

فلو حفر بالوعة في الطريق او وضع خشبة فيها بلا اذن ضمن وكذا كل ما يفعل في طريق العامة من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن واشراع الروشن وحفر البئر وبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع ان فعله بامر من له ولاية الامر لم يضمن والا ضمن (رد محتار عن العناية) ولكن استثنى في الخانية رمي الثلج لعموم البلوى وهذا اذا احدث لنفسه ، اما لو احدث شيئاً للعامة ولم يكن مضراً كما لو غرس شجرة في ناحية من الطريق فهو جائز ولا يرفع ، قلنا ان فعل بامر ولي الامر لا يضمن ولكن اذا كان الامر معلقاً بالشرط فخالفه ضمن ، كما لو اذنه المجلس البلدي بحفر مجرى للماء تحت الطريق ولكنه شرط عليه وضع الحاجز اوايقاد القنديل فلم يفعل كان ضامناً

وعلى هذا لو وضع واحد على الطريق العام الحجارة وادوات العمارة وعثر بها حيوان آخر وتلف كان ضامناً

اما لو نحى تلك الحجارة رجل آخر فعطب بها رجل او حيوان ضمن الذي نحى لان فعل الاول انتسخ بفعله (در منتقى) والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق كوضع الحجر في وجوب الضمان (ملتقى) ولو احدث شيئاً في الطريق فعثر به رجل ووقع على اخر وماتا فالضمان على الذي احدث في الطريق كانه دفع الذي عثر بيده على غيره ولا يضمن الذي عثر لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة «خانية »

كذلك لو صب واحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان غيره وتلف فانهُ يضمن

لانه متعدٍ فيه بالحاق الضرر بالمارين . وكذا اذا رش الماء بحيث يزلق فيه من مشى عليه او توضأ بالماء في الطريق واستوعب الماء الطريق فعطب به احد لما سبق انه متعدٍ في ذلك الفعل بالحاق الضرر بالمارة وان فعل شيئاً من ذلك في سكة غير نافذة وهو اي الفاعل من اهلها او قعد فيها او وضع متاعه فيها لا يضمن لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة فانه يجوز لكل واحد من الشركا ان يفعل فيها ما هو من ضرورة السكنى وكذا لا يضمن ان رش ما لا يزلق به عادة او توضأ به واستوعب الماء بعض الطريق لا كله فتعمد المار المرور عليه اي على بعض الطريق الذي فيه الماء مع امكان ان لا يمر عليه لانه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب على البئر من جانب الى جانب فوقع فيها ، بخلاف ما اذا لم يعلم بان كان المرور ليلاً او كان المار اعمى او دابة (خانية) فانه يضمن ووضع الخشبة في الطريق كالرش في استيعاب الطريق وعدمه يعني اذا استوعبت الخشبة الطريق يضمن والا لا . وفي المنح ولو حفر في المفازة او نحوها من الطريق في غير الامصار او نصب تنوراً او ربط دابة لم يضمن وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فالضمان على الآمر استحساناً . ولو كنس احد الطريق لا يضمن ما تلف بموضع كنسه لانه لم يحدث في الطريق شيئاً ولو جمع الكناسة في الطريق ضمن ما تلف بها لتعديه بوضع شغله الطريق وان استاجر من حفر له في غير فنائه فالضمان على المستاجر ان لم يعلم الاجير انه فناء غيره ولا ضمان على الاجير لكونه مغروراً وان علم الاجير ذلك فالضمان عليه لعدم الغرور . ومن بنى قنطرة على نهر كبير بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الباني لانه اذا تعمد المرور وكان بصيراً او

يجد موضعاً آخر للمرور صار كانه اتلف نفسهُ فنسب التلف اليه دون المسبب ، فاذا لم يعتمد بان كان اعمى او مرَّ ليلاً يضمن الباني اذا وضعه بغير اذن الامام والا لا اه ملخصاً عن الملتقى وشرحه مجمع الانهر . وفيهما قبيل هذا ولو استاجر رب الدار عملة لاخراج الجناح او الظلة الى الطريق فتلف به شيء فالضمان عَلَى العملة ان كان التلف قبل فراغ عملهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً الى رب الدار وان كان التلف بعد فراغ العمل فالضمان على المستاجر استحساناً لانه بعد فراغ العمل انتقل فعلهم اليه فصار كانه فعله بنفسه اه . ولو احدث ميزاباً فسقط فاصاب ما كان منه في داخل الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان على صاحب الميزاب لانه غير متعدٍ فيه لكونه وضعه في ملكه اما لو اصابه الطرف الخارج او وسط الميزاب ضمن الذي وضعه لتعديه ولو كان مستاجراً او مستعيراً او غاصباً (در مختار) . ولو اصابه الطرفان من الميزاب وعلم ذلك وجب على واضعه النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان فانه يضمن النصف اعتباراً بالاحوال لانه يضمن في حال دون حال فيتوزع الضمان على الاحوال (مجمع الانهر) وان لم يعلم اي طرف منهما اصابه ضمن النصف استحساناً (تنوير) ولو احدث ميزاباً او اشرع جناحاً الى الطريق «والجناح الروشن وهو الممر على العلو او الخشبة الموضوعة على جدار سطحين للتمكن من المرور والمراد به هنا اخراج الجزوع الى الطريق » في دار ثم باعها فضمان ما تلف بالجناح او بالميزاب عَلَى البائع لان فعله لم ينفسخ بزوال ملكه عنه وكذا لو وضع خشبة في الطريق ثم باعها وبرىء البائع الى المشتري منها فتركها المشتري على الطريق فضمان ما تلف بها على البائع ايضاً لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو موجب للضمان « ملتقى »

ولو استاجر رجل اربعة لحفر بئر له فوقعت البئر عليهم جميعاً من حفرهم فمات احدهم فعلى كل واحد من الثلاثة الباقين ربع الدية ويسقط ربعها (تنوير) لان البئر وقع عليهم بفعلهم وكانوا مباشرين والميت مباشر ايضاً فقد مات من جنايته وجناية اصحابه فيسقط ما قابل فعله (خانية) قال في الدر المختار وهذا لو البئر في الطريق ،فلو في ملك المستاجر فينبغي ان لا يجب شيء لان الفعل مباح فما يحدث غير مضمون اه واعترضه في رد المحتار بان هذا بحث مخالف للمنقول ينافيه تصريحهم بضمان المباشر ولو في الملك وقد ظهر من كلام الخانية التصريح بان ذلك قتل مباشرةً فيستوي فيه الملك وعدمه ولهذا قال الرملي ان ما في الجوهرة وهو ما تقدم عن الدر المختار قاله

بحثاً لا نقلاً ولا يخفى فساده لتصريحهم بانه مباشرة لا تسبب وفي المباشرة لا ينظر الى كون الفعل في ملكه او لا كمن رمى سهماً في ملكه فاصاب شخصاً فانه يضمن اه ملخصاً

﴿ المادة ٩٢٨ ﴾ لو سقط حائط واحد واورث غيره ضرراً لا ضمان

ما لم يكن قد بناه مائلاً منذ الابتدا فانه حينئذٍ يضمن ولو لم يتقدم اليه احد في نقضه لتعديه به باشغال الهواء كما في اشراع الجناح والميزاب ونحوهما (تنوير وملتقى)

ولكن لو مال الحائط للانهدام فتقدم رجل ونبه صاحبه بقوله له اهدم حائطك ومضى وقت يتمكن فيه من هدم الحائط فلم يفعل فعند ذلك يضمن

اي ضمان ما تلف به من انسان او حيوان او مال (در مختار) اما لو لم تمض مدة يقدر فيها على هدمه فلا ضمان عليه فلو ذهب بعد الطلب لطلب من يهدم الحائط وكان في ذلك حتى سقط الحائط لم يضمن، ولو جن صاحب الحائط بعد الاشهاد بطل الاشهاد، ولو افاق لا يعود الا باشهاد مستقبل (در منتقى) وصورة الاشهاد ان يقول له ان حائطك هذا مائل الى الطريق او مخوف او متصدع فاهدمه (خانية) والمعنى انه يلزم ان يقول ما يشعر بالامر اذ لو قال ما يشعر بالمشورة والنصيحة كما لو قال له الأوفق ان تهدمه او الرأي عندي ان تهدمه فلا يكون ذلك اشهاداً (فصولين)

ولكن يشترط

لذلك ثلاثة شروط الاول ان يكون المنبه من اهل الطلب فيشترط في الصبي اذن وليه (در مختار) الثاني ان يكون الحائط ملكاً لصاحبه من حين الاشهاد الى وقت السقوط ليمكنه نقضه ليصير جانياً بتركه (در منتقى) فلو تقدم الى من لا يملك نقض الحائط ممن يسكن الدار باجارة او اعارة او الى المرتهن او الى الوديع فلا يعتد بتقدمه لعدم قدرتهم على التصرف في ملك الغير وحينئذٍ لو سقط الحائط واتلف شيئاً فلا ضمان اصلاً لا على الساكن ولا على المالك. ولكن لو كانت الدار لصغير فاشهد على الاب او الوصي صح الاشهاد فان سقط الحائط واتلف شيئاً كان الضمان على الصغير (خانية) ولو لم يسقط الحائط حتى بلغ الصغير ثم سقط بطل الاشهاد. وكذلك لو مات الاب او الوصي والغلام صغير ثم وقع الحائط فاتلف شيئاً لا ضمان (هندية). وفيها اذا كانت الدار لميت عليه دين مستغرق فالتقدم في الحائط المائل الى الوارث وان كان لا يملكها

فان وقع الحائط بعد التقدم عليه فالضمان على تركة الميت لا على الوارث اه وكذا لا ضمان ايضاً ولو كان قد تقدم الى المالك اذا جن المالك مطبقاً او خرج الحائط عن ملكه ببيع او هبة بعد الاشهاد ولو قبل القبض في صورة البيع لزوال ولايته بالهبة والجنون والبيع (تنوير وشرحه للعلائي)وان عاد ملكه بعدها بان رد المبيع عليه بخيار شرط او رؤية او بعيب بقضا او رضا لم يضمن ايضاً الا اذا طولب بالنقض بعد الرد (هندية) واذا كان الخيار للبائع فان نقض البيع ثم سقط الحائط واتلف شيئاً كان ضامناً لان خيار البائع لا يبطل ولاية الاصلاح فلا يبطل الاشهاد ولو اسقط البائع خياره بطل الاشهاد لانه ازال الحائط عن ملكه (در مختار) ولو تقدم الى المشتري بالخيار ثم رد المشتري المبيع بحكم الخيار بطل الاشهاد وان جاز البيع لم يبطل وان اشهد على البائع في تلك الصورة لم يضمن (هندية) . الثالث

ان يكون المنبه من اصحاب حق التقدم والتنبيه فاذا كان الحائط قد سقط على دار الجيران وجب ان يكون الذي تقدم من سكان تلك الدار

ولو كان ساكناً باجارة ونحوها (در منتقى) وفي التنوير وشرحه للعلائي وان مال الى دار انسان من مالك او ساكن باجارة او غيرها فالطلب اليه (اي للمالك او الساكن) لان الحق له فيصح تأجيله وابراؤه من الجناية اه. وفي الخانية حائط مال الى دار قوم فاشهد عليه القوم او احدهم ثم سقط الحائط واتلف شيئاً من القوم او من غيرهم ضمن وكذا العلو اذا وهى او تصدع فاشهد اهل السفل على اهل العلو اه ولو كان الحائط اعلاه لرجل واسفله لآخر فتقدم الى احدهما ضمن المتقدم اليه نصف الدية اذا سقط كله وان سقط اعلاه وقد تقدم الى صاحب العلو ضمن صاحب العلو دون صاحب السفل (هندية)

ولا يفيد تقدم غيره وتنبيهه . واذا كان قد انهدم على الطريق الخاص لزم ان يكون الذي تقدم ممن له حق المرور في ذلك الطريق

ولو اجله بعضهم او ابرأه لا يصح فلا بد من تأجيل كل اهلها او ابرائهم (رد محتار)

وان كان الانهدام على الطريق العام فلكل واحد حق التقدم

ولو اجله القاضي او من طلب النقض لا يبرأ (ملتقى) لانه حق العامة، وتصرف القاضي بحق العامة نافذ فيما ينفعهم لا فيما يضرهم (در مختار) راجع المادة ٥٨ والحاصل

ان الابرآ والتاجيل بعد الاشهاد اذا كان الحائط مائلاً الى الطريق العام لا يصحان من احد حتى من القاضي وطالب النقض لان الهدم بعد الاشهاد صار حقاً للعامة وليس لاحد حق التصرف في حق العامة اما اذا مال الحائط الى ملك انسان فيصح ابرآؤه وتأجيله اذ له حق التصرف في ملكه وان مال الى ملك اثنين فاكثر كما لو مال الى الطريق الخاص فلا بد من ابرآ كل الشركاء او تأجيلهم. وفيه لو مال بعض الحائط الى الطريق و بعضه الى الدار فاي طلب صح الطلب لانه اذا صح الاشهاد في البعض صح في الكل اهـ. ومثله في الخانية حيث قال حائط لرجل بعضه مائل الى الطريق و بعضه مائل الى دار قوم واشهد عليه اهل الدار فسقط ما مال اليها ضمن لان الحائط واحد فصح الاشهاد من اهل الدار فيما مال اليهم وفيما مال الى الطريق فان اهل الدار من جملة العامة وان كان المشهد من غيرهم صح فيما مال الى الطريق وفيما مال الى الدار لان الاشهاد اذا صح في البعض صح في الكل اهـ ملخصاً

تنبيه: لا يصح الاشهاد قبل ان يهن الحائط لانعدام التعدي ابتداء وانتهاء (تنوير) حتى لو كان الحائط طويلاً و بعضه صحيح و بعضه واهٍ فاشهد عليه فسقط كله يضمن صاحبه ما اصابه الواهي فقط لانه حينئذ كحائطين فالاشهاد يصح في الواهي لا في الصحيح بخلاف ما لو كان الحائط قصيراً فانه يضمن ما هلك بسقوطه كله (خانية)

فروع: حائط بين خمسة اشهد على احدهم فسقط على رجل شي واتلفه ضمن صاحبه خمس ما تلف به من نفس او مال (در منتقى) رجل اشهد على حائط مائل الى الطريق فسقط الحائط فنفرت منه دابة رجل فقتلت رجلاً لا يضمن صاحب الحائط وانما يضمن اذا سقط حائطه على انسان او دابة فقتله (خانية). دار بين ثلاثة حفر احدهم فيها بئراً او بنى حائطاً فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية لتعديه في الثلثين (تنوير) وفيه الاشهاد على الحائط اشهاد على النقض فلو وقع الحائط على الطريق بعد الاشهاد فعثر انسان بنقضه فمات ضمن لان النقض ملكه فتفريغه عليه وان عثر رجل بقتيل مات بسقوط الحائط لا يضمنه صاحب الحائط لان تفريغه على اولياء القتيل لا عليه بخلاف الجناح حيث يضمن ربه القتيل الثاني ابقا جنايته فيلزمه تفريغ الطريق من القتيل ايضاً يؤيده انه لو باع الحائط او النقض برئ ولو باع الجناح لا، اهـ بزيادة من الدر المختار. سقط انسان عن حائط نفسه فاصاب انساناً وقتله كان ضامناً دية المقتول بمنزلة نائم انقلب على انسان فقتله فانه يضمن وان مات الساقط بمن كان في الطريق فان كان ذلك يمشي في

الطريق فلا ضمان عليه لانه غير متعدٍ في المشي في الطريق ولايمكنه التحرز عن سقوط غيره عليه وان كان ذلك الرجل واقفاً في الطريق قائماً كان او نائماً اوقاعداً كان ضامناً دية الساقط عليه لانه متعدٍ في الوقوف في الطريق والقعود والنوم فيضمن ما تلف به وان كان ذلك في ملكه لا ضمان عليه لانه لايكون متعدياً في الوقوف والقعود والنوم في ملكه، وعلى الاعلى ضمان الاسفل ان مات الاسفل به في كل الاحوال لان الاعلى مباشر وفي المباشرة الملك وغير الملك سواء كمن نام في ملكه فانقلب على انسان فقتله كان ضامناً لانه باشر قتله (خانية) وفيها حائط لرجل فسقط قبل الاشهاد ثم اشهد على صاحبه في رفع النقض من الطريق فلم يرفع حتى عثر به ادمي او دابة وعطب كان ضامناً اه. وفيها اذا تقدم في الحائط الى بعض الورثة ففي الاستحسان يضمن الذي اشهد عليه حصة نصيبه مما اصابه من الحائط (هندية) وفيها حائط مائل لرجل اخذ القاضي صاحبه بالهدم فضمن رجل ان يهدمه بامره فهو جائز وللضمين ان يهدمه بغير اذنه اه

الفصل الرابع

في جناية الحيوان

﴿المادة ٩٢٩﴾ الضرر الذي أحدثه الحيوان من تلقاء نفسه لا يضمنه صاحبه انظر. الى مادة ٩٤

فلو انفلتت دابة بنفسها ولو في الطريق او في ملك غير صاحبها (ردمحتار) فاصابت مالاً او ادمياً نهاراً او ليلاً لا ضمان في الكل (تنوير) لان جناية العجما جبار ولو انفلت ثوره واكل حنطة رجل فلا ضمان عليه (حامدية) وهكذا لو رفس الفرس البيطار بينما هو يبيطره فلا ضمان على صاحبه

ولكن لو استهلك حيوان مال واحد ورآه صاحبه ولم يمنعه فانه يضمن

وكذا لو قاد احد دابته قريباً من الزرع بحيث ان شاءت تناولت الزرع ضمن « جامع الفصولين » وطريقة تقويم الزرع الهالك ان تقوم الارض وفيها زرع نابت ثم تقوم وفيها زرع غير نابت فالتفاوت بينهما هو قيمة الزرع الهالك. ثم اعلم ان لفظة صاحبه الواردة في متن المادة محترز بها عما اذا رآه غير صاحبه اذ لا ضمان عليه ان لم يمنعه

قال في حاشية الرملي على الفصولين ولو رأى حمار غيره يأكل حنطة الغير فلم يمنعه صارت واقعة الفتوى فاجبت بانه لا يضمن والفرق ظاهر وهو ان فعل حماره ينسب اليه مع رجوع المنفعة له وامكان رفعه فقويت علة الضمان، بخلاف حمار الغير، تأمل اه

وكذا لو كان الحيوان مضراً كالثور النطوح والكلب العقور فتقدم الى صاحبه واحد من اهل محلتهِ او قريته بقوله له حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليهِ فاتلف حيوان آخر او غير ذلك من ماله ضمن صاحبه

سواء كان المتلف مالاً او ادمياً « رد محتار عن البزازية » اما اذا لم يكن الكلب عقوراً فحكمه يعلم مما في الدرر حيث قال : له كلب يأكل عنب الكرم فاشهد عليه فيه فلم يحفظه حتى اكل العنب لم يضمن وانما يضمن فيما اشهد عليه فيما يخاف تلف بني ادم كالحائط المائل ونطح الثور وعقر كلب عقور فيضمن اذا لم يحفظه اه . قال في رد المحتار كانه فهم من كلام الدرر انه لا يضمن في الكلب غير الادمي وهذا غير مراد، وانما معنى كلامه ان ما يخاف منه تلف الادمي فالاشهاد فيه موجب للضمان اذا اعقبه تلف سواء كان المتلف مالاً او ادمياً ، وما لا يخاف منه تلف الادمي بل يخاف منه تلف المال فقط كعنب الكروم فلا يفيد فيه الاشهاد ويدل عليه تشبيهه بالحائط المائل فان الاشهاد فيه موجب لضمان المال والنفس اه

وفي الدر المختار وقع الاستفتاء عمن له نحل يضعه في بستانه فيخرج فيأكل عنب الناس وفواكههم هل يضمن رب النحل ما اتلفه النحل من العنب ونحوه ام لا وهل يؤمر بتحويله عنهم الى مكان اخر ام لا؟ والجواب انه لا يضمن ربه شيئاً مطلقاً اشهدوا عليه ام لا اخذاً من مسألة الكلب المارة عن الدرر بل اولى اه لان النحل طائر والطائر لا يضمن صاحبه اذا ارسله ساقه او لا وهنا لم يسقه ولم يرسله فعدم الضمان فيه اولى « رد محتار » . واما تحويله عن ملكه فينبغي ان يؤمر به اذا كان الضرر بيناً وهو ما عليه الفتوى « در مختار »

﴿المادة ٩٣٠﴾ لا يضمن صاحب الدابة اذا لطمت بيديها او رأسها او ذيلها او رفست برجلها فاضرت بواحد حال كونها في ملكه راكباً كان او لم يكن

وكذا لو كدمت بفمها او صدمت « تنوير »

والمراد بملكه الملك الخاص والمشترك لان لكل واحد من الشركا السير والايقاف فيه كما في التبيين و يؤخذ منه ان هذه الاشياء اذا صدرت في ملكه حال الايقاف فكذلك الحكم «طحطاوي» وانما لم يضمن لانه متسبب لا مباشر وليس بمتعد بتسيير الدابة في ملكه (رد محتار) ولكن في الهندية اذا اوقف دابته في ارض او دار مشتركة بينه وبين غيره ثم اصابت شيئاً بيدها او رجلها لا يضمن استحساناً . وقال بعض مشايخنا هذا اذا اوقف الدابة في موضع توقف فيه الدواب واما اذا اوقفها في موضع لا توقف فيه يضمن قيمة ما هلك بفعل الدواب قياساً واستحساناً اه

﴿ المادة ٩٣١ ﴾ اذا ادخل واحد دابته في ملك غيره فان ادخلها باذنه لا يضمن جنايتها في الصور التي ذكرت في المادة السابقة لانها تعد كالكائنة في ملك نفسه، وان كان قد ادخلها بدون اذن صاحبه فانه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها في كل حال اي سواء كان راكباً او سائقاً او قائداً موجوداً عندها او غير موجود

سواء وطئت او خبطت او صدمت واقفةً او سائرة لانه اما مباشر او متسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير (رد محتار)

واما لو تفلتت ودخلت من نفسها في ملك الغير واضرت فلا يضمن صاحبها على كل حال لانه ليس بمباشر ولا متسبب (رد محتار) وكذا لو اضرت على الطريق العام

﴿ المادة ٩٣٢ ﴾ لكل واحد حق المرور في الطريق العام بحيوانه

بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالمصادمة ولطمة يد الدابة ورأسها لا فيما لا يمكن الاحتراز عنه كنفحها برجلها او ذنبها راجع المادة ٩٢٦ وشرحها

بناء عليه لا يضمن من يمر في الطريق العام راكباً على حيوانه الضرر والخسار اللذين لايمكن التحرز عنها . مثلاً لو انتشر من رجل الدابة غبار او طين ولوث ثياب الآخر

او اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او حجراً صغيراً ففقأ عيناً او افسد ثوباً

لا يضمن صاحب الدابة شيئاً من ذلك .(تنوير) غير ان ذلك فيما اذا لم ينخسها ولم ينفرها اما لو نخسها او نفرها فاثارت غباراً او حصاة فاتلفت شيئاً ضمنه (طحطاوي) كما يضمن مطلقاً لو اثارت حجراً كبيراً لامكان الاحتراز عنه (ملتقى) ولو نفحت الدابة

او رفصت برجلها المؤخرة او لطمت بذيلها واضرت لا يلزم الضمان

لعدم امكان الاحتراز عنه وهذا اذا كانت الدابة سائرة في الطريق لان الاحتراز عن النفحة وهي اللطمة بالحافر مع السير غير ممكن لانها من ضروراته فلو اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضاً لان صيانة الدواب عن الوقوف ممكنة انظر المادة ٩٣٤

ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها او لطمت يدها او رأسها لامكان التحرز من ذلك

ويضمن ايضاً ما وطئت دابته او كدمت بفمها من نفس او مال(تنوير) لامكان الاحتراز عنهما كما قدمنا في شرح المادة ٩٢٦

وان اصطدم فارسان او راجلان وماتا منه فان كان الاصطدام خطأ ضمن عاقله كل منهما دية الاخر لان موت كل منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله وهو المشي في الطريق مباح فلا يمكن اضافة الهلاك اليه فيضاف الى فعل صاحبه لانه وان كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سبباً للضمان عند وجود التلف به ، وان كان الاصطدام عمداً فعلى كل نصف الدية للاخر لان كلاً منهما مات بفعله وفعل صاحبه لكون فعله غير مباح فيضاف اليه ماوقع في حق نفسه فيصير هالكاً بفعله وفعل غيره فيهدر ما كان بفعله ويجب ما كان بفعل غيره . وقيل هذا لو وقع كل واحد على قفاه لتحقق فعل الاصطدام . ولو وقع كل منهما على وجهه فلا شيء على واحد منهما وان وقع احدهما على قفاه والاخر على وجهه فدم الذي وقع على وجهه هدر اه ملخصاً عن الدرر ومجمع الانهر . ولو سار رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم، وان عطب المقدم فالضمان على المؤخر وكذا في سفينتين « رد محتار عن ابي السعود »

﴿ المادة ٩٣٣ ﴾ القائد والسائق في الطريق العام كالراكب فلا يضمنان الا ما يضمنه الراكب من الضرر

غير انهما لا يحرمان من الارث والوصية لان الحرمان يختص بالمباشرة وليس من احكام التسبب بخلاف الراكب فيما وطأته الدابة بيدها او برجلها فانه يحرم من الارث والوصية لتحقق المباشرة منه فان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سيرها مضاف اليه وهي آلة له (مجمع الانهر) . ومثل الراكب في الحرمان من الارث والوصية الرديف والنائم اذا انقلب على انسان لانهما مباشران للقتل حقيقة « رد محتار » وان اجتمع الراكب والقائد او الراكب والسائق فالضمان عليهما لان كل ذلك سبب للضمان وقيل على الراكب وحده لانه مباشر والسائق مسبب فالاضافة الى المباشر اولى « ملتقى » وبالاول جزم القهستاني حيث قال : واذا اجتمع السائق والقائد والمرتدف والراكب ضمنوا ارباعاً لان الاصل ان المتسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في حفر البئر مع الالقاء فيه مباشرة فان الحفر لا يعمل بانفراده شيئاً بدون الالقاء ، اما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء عند الالقا وجد التلف بهما فاضيف الى اخرهما اه . ومثله في الولوالجية حيث قال الراكب والسائق والقائد والرديف في الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع هو الصحيح ولو كان الراكب مباشراً لان السبب هنا يعمل في الاتلاف فلا يلغى فكان التلف مضافاً اليهما بخلاف الحفر اه . وبه علم ان الصحيح ما جزم به القهستاني وقد اخره في الهداية فاشعر بترجيحه كعادته وقدمه في المواهب والملتقى وعبرا عن مقابله بقيل فتنبه « رد محتار ملخصاً » ولو كان سائقاً دابة فوقع بعض ادواتها كسرج ونحوه على رجل فمات فالدية على عاقلة السائق لانه متعدٍ في التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه فصار كأنه القاه بيده « درر » وفي الخانية وان كان مع السائق قائد في هذه الصورة فالضمان عليهما ولو قاد قطاراً في الطريق فاوطأ اول القطار او اخره بيد او رجل او صدم يضمن القائد لما عطب به وان كان معه سائق فالضمان عليهما وما افسدت بنفحة الرجل او الزنب يكون على السائق خاصة وان كان معهما ثالث يسوق الابل وسط القطار فما اصاب مما هو خلف هذا السائق وما بين يديه من شيء فهو عليهم اثلاثاً لانه قائد وسائق وان كان الرجل احياناً وسط القطار واحياناً يتأخر واحياناً يتقدم وهو يسوق فهو بمنزلة السائق لان السائق قد يتقدم وقد يتأخر وقد يكون في وسط القطار فهو سائق على كل حال والراكب

والسائق والقائد والرديف فيما اوطأت الدابة سواء اه

ومن ضرب دابة عليها راكب او نخسها بعود بلا اذن الراكب فنفحت او ضربت بيدها احداً او نفرت فصدمت احداً فمات ضمن الضارب او الناخس لا الراكب ان فعل ذلك حال سير الدابة لانه متعدٍ في تسببه والراكب غير متعد فيرجع جانب الناخس في التغريم للتعدي وان اوقفها الراكب في ملك غيره او في الطريق فالضمان عليهما نصفين اما لو اوقفها في ملكه فلا ضمان على الراكب وان نفحت الدابة الناخس فقتلته فدمه هدر لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الدابة الراكب فمات فضمانه على الناخس لانه متعدٍ في تسببه وان ضرب او نخس باذن الراكب فهو كفعل الراكب فلا ضمان عليه في نفحتها لان للراكب ولاية نخس الدابة وضربها فاذا امر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المامور كفعل الآمر لكن ان وطئت الدابة احداً في فورها من غير ان تميل يمنةً او يساراً بعد النخس بالاذن فالضمان عَلَى الراكب والناخس لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما ولا يرجع الناخس عَلَى الراكب في الاصح كما لو امر صبياً يستمسك عَلَى دابة بتسييرها فوطئت انساناً فمات ضمن عاقلة الصبي ديته ولا ترجع بما غرمت على الآمر وكذا الحكم في نخس الدابة ومعها سائق او قائد يعني من قاد دابة او ساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت واصابت في فورها فالضمان على الناخس وان نخس الدابة شيء منصوب في الطريق فالضمان عَلَى من نصبه لان الناصب متعدٍ بشغل الطريق فاضيف اليه كأنه نخسها بفعل نفسه ولا فرق بين كون الناخس صبياً او بالغاً لان الصبي كالبالغ يؤاخذ بافعاله (ملتقى وشرحه مجمع الانهر) . وفي حاشية الطحطاوي عن المحيط لو نفرت الدابة من حجر وضعه رجل في الطريق فالواضع بمنزلة الناخس ولو وضع يده على ظهر فرس فنفحت لم يضمن كما في المنية اه . وفيها لو حرنت الدابة في الطريق ووقفت فنخسها الراكب او غيره لتسير فنفحت انساناً فلا شيء عليهما اه . وفي الدرر انما يضمن الناخس لو الوطء فور النخس والا فالضمان عَلَى الراكب لانقطاع اثر النخس اه . وفي فتاوى علي افندي حمل صبياً على دابة وقال له امسكها فسقط عنها ومات ضمن الحامل سواء كان الصبي يستمسك او لا لانه صار غاصباً للصغير بحمله على الدابة وغاصب الصغير ضامن اذا هلك بامر يمكن التحرز عنه والسقوط عن الدابة يمكن التحرز عنه بعد الحمل عليه ولانه صار مستعملاً للصغير بعمل من اعماله وهو امساك الدابة بلا اذن وليه ومن استعمل صغيراً بلا اذن وليهِ وهلك

بسبب استعماله يضمن اه . و يؤيده ما في الخانية رجل بعث غلاماً صغيراً في حاجة له بغير اذن اهل الغلام فرأى الغلام غلماناً يلعبون فانتهى اليهم وارتقى سطح بيت فوقع ومات ضمن الذي بعثه في حاجته لانه صار غاصباً بالاستعمال اه

﴿ المادة ٩٣٤ ﴾ ليس لواحد توقيف دابته او ربطها في الطريق العام فلو فعل ضمن جنايتها على كل حال سواءً رفصت بيدها او رجلها او ذيلها او جنت بسائر الوجوه

ولكن لا يضمن لو تلف شيء بما راثت او بالت في الطريق سواء كانت سائرة او واقفة لاجل ذلك (تنوير) لان بعض الدواب لا يفعله الا واقفاً فجعل ذلك عفواً (در مختار) وفي الخانية لو خرج اللعاب من فم الدابة وهي تسير او اصاب عرقها انساناً او افسد شيئاً لا يضمن صاحبها اه

واما المحال التي اعدت لتوقيف الدواب كسوق الدواب والمحل المعد لوقوف دواب الكرا فمستثناة من ذلك

و باب المسجد كالطريق الا اذا اعد الامام موضعاً للدواب امام باب المسجد فلا ضمان فيما يحدث من الوقوف فيه (طحطاوي) وقيد بالوقوف لانه لو كان في هذه المواضع التي اذن فيها الامام بالوقوف او قائداً او سائقاً فهو ضامن و ذلك عنه اذن الامام وانما يسقط ما حدث فيه من وقوف دابته في هذا الموضع ربطها او لا دون السير والسوق والقعود (رد محتار)

﴿ المادة ٩٣٥ ﴾ من سيَّب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي احدثته

وفي التنوير وشرحه للعلائي ومن ارسل بهيمة وكان خلفها سائقاً لها فاصابت في فورها ضمن لانه الحامل لها وان لم يمشِ خلفها فما دامت في فورها فسائق حكماً وان تراخى انقطع السوق وان ارسل طيراً او كلباً ولم يكن سائقاً له لا ضمان عليه اه . ولكن في الدر المنتقى ما نصه : وعن ابي يوسف ان مرسل البهيمة والكلب يضمن بكل حال يعني ساق او لا و به يفتى ، ذكره القهستاني . وفي الهندية ان المشايخ اخذوا بقول ابي

يوسف . وذكر ابو الليث في شرح الجامع الصغير رجل ارسل كلباً فاصاب في فوره انساناً فقتله او مزق ثيابه ضمن المرسل وهو المختار للفتوى اه

﴿المادة ٩٣٦﴾ لو ان دابة يركبها انسان داست شيئاً بيدها او رجلها في ملكه او في ملك الغير واتلفته يعد الراكب انه اتلف ذلك الشيء مباشرةً فيضمن في كل حال

وان داس رجلاً فقتله ضمن ايضاً لانه حيث قتله مباشرةً فيضمن وان لم يتعمد ويحرم الميراث لانه قاتل حقيقة «درر» فمثل الراكب القائد والسائق

﴿المادة ٩٣٧﴾ لو كانت الدابة جموحاً ولم يقدر الراكب على ضبطها وأضرّت لا يلزم الضمان

ولو كان الراكب سكران «در مختار» وحكمها حينئذٍ كالدابة المنفلتة التي مر حكمها في شرح المادة ٩٢٩ لان الراكب حينئذٍ ليس بمسير لها فلا يضاف سيرها اليه حتى لو اتلفت انساناً فدمه هدر «در مختار» وذكر الرملي انهما لو اختلفا في عدم القدرة على ردها فالقول للخصم والبينة على مدعي العجز لان انكاره لاصل الضمان في ضمن الدعوى لا يفيد بعد تحقق سببه «رد محتار»

﴿المادة ٩٣٨﴾ لو ربط دابته في ملكه فجاء اخر وربط دابته هناك بلا اذنه فاتلفتها دابة صاحب الارض لا يلزم الضمان

سواء كان مالك الدار هو الذي ربط دابته اولاً او لا وذلك لعدم التعدي راجع المادة ٩١ وظاهر العبارة يدل على انه لو ربطها باذن المالك فاتلفتها دابة المالك ضمن وليس الامر كذلك لانه اذا ربطها باذنه لا يضمن المالك ايضاً لان لكل منهما حينئذٍ ولاية ربط دابته في ذلك المكان احدهما بسبب ملكه والآخر بطريق الاذن والاباحة وسيأتي في المادة الآتية بانه اذا كان لهما ولاية على ذلك الموضع فلا ضمان

واذا اتلفت تلك الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها

لانه متعدٍ بربط دابته في ملك غيره هذا لو ربطها بغير اذن المالك اما لو

ربطها باذنه فلا ضمان عليه لانه لما اذنه المالك صار كأن له حق الربط في ذلك المكان والجواز الشرعي ينافي الضمان كما مر في المادة ٩١

﴿ المادة ٩٣٩ ﴾ اذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما فيه حق الربط فاتلفت احدى الدابتين الدابة الاخرى فلا يلزم الضمان · مثلاً لو اتلفت دابة احد الشريكين في دار دابة الاخر عندما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان

ولو ارسل دابته في المرعى المباح ثم جاء اخر وارسل دابته فعضت دابة الثاني دابة الاول ان عضتها على الفور ضمن صاحبها والا فلا (خانية)

﴿ المادة ٩٤٠ ﴾ لو ربط اثنان دابتيهما في محل ليس لهما فيه حق ربط الحيوان واتلفت دابة الرابط اولاً دابة الاخر لا يلزم الضمان واذا كان الامر بالعكس وجب الضمان

خاتمة

لقد ذكر في هذا الفصل احكام جناية البهيمة ولم يذكر فيه احكام الجناية عليها وحاصل ما ذكروه في معتبرات المذهب انه لو اتلف احد حيواناً ضمن قيمته وان قطع احدى قوائمه فان كان الحيوان مأكولاً كالشاة ونحوها خيّر صاحبه بين تركه على القاطع وتضمينه قيمته و بين امساكه وتضمينه النقصان لان الماكول ينتفع به للاكل بعد قطع قوائمه وان كان الحيوان غير ماكول ضمن القاطع كل قيمته لان ذلك استهلاك له من كل وجه (حامدية) لكن قدمنا في شرح المادة ٩٩٨ عن الدر المختار انه لو قطع طرف دابة غير ماكولة فصاحبها بالخيار كما في قطع طرف الدابة الماكولة الا انه اذا اختار اخذها فليس له ان يضمن الغاصب نقصان القيمة فتدبر · وان فقأ عين دجاجة او حمامة او كلب او سنور او شاة قصاب اوغيره ضمن ما نقصها فتقوم صحيحة ومفقوءة فيضمن ما فضل بينهما والنقصان شامل للحاصل بالهزال من فقء العين وان فقأ عيني ما ذكر فالمالك بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه قيمتها او امسكها وضمنه النقصان وان فقأ عين ابل او بقرة سواء كانت لجزار او لا اعدت للحم اولا او عين حمار او

بغل او فرس ضمن ربع القيمة لان اقامة العمل بها انما يمكن باربع اعين عيناها وعينا مستعملها فصارت كانها ذات اربع اعين ولو قطع اذنها او ذنبها (اي هذه المذكورات) يضمن نقصانها. واذا قطع لسان الثور والحمار يضمن جميع القيمة وعليه الفتوى . ولو ضرب دابة فصارت عرجاً فهو كالقطع اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المختار

الكتاب التاسع

في الحجر والاكراه والشفعة و يشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر والاكراه والشفعة

﴿ المادة ٩٤١ ﴾ الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي لا الفعلي لان الحجر من الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي الا ترى انه يردُّ ولا يقبل والفعل حسي لا يمكن رده بعد وقوعه فلا يتصور الحجر عنه (مجمع الانهر) حتى ان طفلاً يوم ولد لو انقلب على مال انسان فاتلفه يلزم الضمان و كذا المجنون الذي لا يفيق اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان و كذا المحجور بالدين اذا اتلف مالاً فصاحبه يشارك الغرماء بلا خلاف (هندية) لان الافعال لا تقف على القصد الصحيح لانها توجد حساً ومشاهدة ولا امكان لرد ما هو ثابت حساً بخلاف الافعال التي تسقط بالشبهة كالحدود والقصاص فان الصبا والجنون يؤثران فيها لان الحدود والقصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من اهل العقوبة فسقطت عنهما لقصور في فعلهما لعدم القصد الصحيح (طحطاوي عن غاية البيان) ثم اعلم ان تعريف الحجر بكونه منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي فيه نظر لان ليس المراد منع ذات التصرف لكونه كالفعل لا يمكن رده بعد وقوعه بل المراد منع حكمه وهو النفاذ واللزوم ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور

﴿ المادة ٩٤٢ ﴾ الاذن هو فك الحجر واسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي أُذن مأذون

﴿ المادة ٩٤٣ ﴾ الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء

يعني من لا يعرف ان البيع سالب للملكية والشراء جالب لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغرير في العشرة خمسة و بين الغبن اليسير و يقال للذي يميز ذلك صبي مميز

﴿ المادة ٩٤٤ ﴾ المجنون على قسمين احدهما المجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع اوقاته والثاني هو المجنون غير المطبق وهو الذي يجن في بعض الاوقات و يفيق في بعضها

ولا يعد الجنون مطبقاً الا ان يمتد شهراً وقيل بل سنة والاول قول الامام وابي يوسف وعليه الفتوى مجمع الانهر ورجح قاضيخان

﴿ المادة ٩٤٥ ﴾ المعتوه هو الذي اختل شعوره بان كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً

﴿ المادة ٩٤٦ ﴾ السفيه هو الذي ينفق ماله في غير موضعه و يبذر في نفقاته و يضيع امواله و يتلفها بالاسراف والذين لا يزالون يغفلون في اخذهم واعطائهم ولا يعرفون طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون ايضاً من السفهاء

قال في الهندية السفيه هو العامل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى ومن عادته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضاً مثل الدفع الى المغنيين واللعابين والغبن في التجارات من غير محمدة وتبذير المال كما يكون في الشر بان يجمع اهل الشرب والفسق في داره و يطعمهم و يسقيهم و يسرف في النفقة و يفتح باب الجائزة والعطاء عليهم كذلك يكون في الخير بان يصرف جميع ماله في بناء المسجد واشباه ذلك فيحجر عليه اه . وفي الدر المختار السفه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو في الخير كأن يصرفهُ في بناء المساجد ونحو ذلك فيحجر عليهِ عندهما اه

﴿ المادة ٩٤٧ ﴾ الرشيد هو الذي يتقيد بحفظ ماله ويجتنب الاسراف والتبذير

﴿ المادة ٩٤٨ ﴾ الاكراه هو اجبار واحد بالاخافة على ان يعمل عملاً بغير حق

قيد به لان الاكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعاً الا ترى ان المدبون اذا اكرهه القاضي على بيع ماله نفذ بيعه (رد محتار)

بدون رضاه ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن اجبر مجبر لذلك العمل مكره عليه وللشيء الموجب للخوف مكره به

عرفهُ في ملتقى الابحر بانهُ فعل يوقعه الانسان بغيره يفوت بهِ رضاه او يفسد اختياره . وقال في الدرر ان عدم الرضا معتبر في جميع صور الاكراه وأصل الاختيار ثابت في جميع صوره لكن في بعض الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسده اه . وسيتضح في شرح المادة الآتية

﴿ المادة ٩٤٩ ﴾ الاكراه على قسمين الاول هو الاكراه الملجىء الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي الى اتلاف النفس او قطع العضو والثاني هو الاكراه غير الملجىء الذي يوجب الغم والالم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد

فكلا النوعان يعدمان الرضا وانما الاول يفسد الاختيار دون الثاني ففوت الرضا اعم من فساد الاختيار ففي الحبس او الضرب يفوت الرضا ولكن الاختيار الصحيح باقٍ وفي التهديد بالقتل يفوت الرضا ولكن يبقى له اختيار غير صحيح بل اختيار فاسد « طحطاوي » قلت وهذا هو سبب اختلاف الحكم بين الاكراه الملجىء وغير الملجىء الآتي بيانهُ في المادة ١٠٠٧ . ثم ان قوله او قطع عضو يراد بهِ العضو الكامل كالعين او بعض العضو كالانملة « رد محتار »

﴿ المادة ٩٥٠ ﴾ الشفعة هي تملك الملك المشترى بما قام على المشتري من الثمن

عرفها في الغرر بانها تملك العقار وما في حكمهِ «كالعلو والسفل انظر المادة ١٠١١» جبراً على مشتريهِ بمثل ما قام عليهِ من الثمن اه . قال في رد المحتار الاولى زيادة البائع «اي ان يقال جبراً على مشتريهِ او على بائعهِ» لانهُ قد يكون جبراً عليهِ اذا اقر بالبيع وانكر المشتري وفي الفتاوى الصغرى الشفعة تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوتهِ للمشتري ولذا ثبتت اذا باع بشرط الخيار للمشتري اه

﴿المادة ٩٥١ ﴾ الشفيع هو من كان له حق الشفعة

﴿ المادة ٩٥٢ ﴾ المشفوع هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة

﴿ المادة ٩٥٣ ﴾ المشفوع به هو ملك الشفيع الذي وجبت به الشفعة

﴿ المادة ٩٥٤ ﴾ الخليط هو بمعنى المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق

﴿المادة ٩٥٥ ﴾ الشرب الخاص هو حق الشرب في الماء الجاري المختص باشخاص معدودين واما اخذ الماء من الانهر التي تنتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص انظر مادة ١٢٣٩

﴿ المادة ٩٥٦ ﴾ الطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ

ومفاده ان الطريق النافذ طريق عام وليس الامر كذلك فليس كل زقاق نافذ طريقاً عاماً كما ان ليس كل زقاق غير نافذ طريقاً خاصاً لانهُ لو سد منفذ الطريق العام لا يبرح عاماً كما انهُ لو فتح اصحاب الطريق الخاص منفذاً ووصلوه بالطريق العام كان لهم ان يمنعوا غيرهم من المرور فيهِ كما في الهندية والدر المنتقى فكان التعريف اذاً غير سديد

الباب الاول

في المسائل المتعلقة بالحجر و ينقسم الى اربعة فصول

الفصل الاول

في المحجورين واحكامهم

اعلم ان اسباب الحجر ستة الرق والصغر والجنون وضرر العامة والدَّين والسفه فالاربعة الاولى متفق عليها بين الامام وصاحبيه واما السببان الاخيران فعلى قول الصاحبين فقط وعَلَى قولهما جرت جمعية المجلة كما يتضح من الفصول الآتية

﴿المادة ٩٥٧﴾ الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم

اي بدون حاجة الى حجر الحاكم اذ لولا ذلك لكانت معاملتهم ضرراً عليهم بان يستجر من يعاملهم مالهم باحتياله (طحطاوي) والمراد بالصغير هنا المميز وغير المميز

﴿المادة ٩٥٨﴾ للحاكم ان يحجر على السفيه

هذا على قول الامامين خلافاً للامام الاعظم كما قدمنا في اول هذا الفصل ووجه قوله الكتاب والاجماع والمعقول. اما الاجماع فهو ان السفيه اذا طلق او تزوج او اعتق تصح منه هذه التصرفات بالاتفاق وكذا اذا اقر على نفسه بالحدود والقصاص صح بالاتفاق فلو كان محجوراً عليه لم تصح تصرفاته اصلاً لسلب ولايته فاذا صح تصرفه في النفس وهي الاصل وجب ان يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الاولى بدلالة الاجماع (طحطاوي) وفيه واختلف في الحجر بسبب السفه قال ابو يوسف انه لا يثبت الا بقضاء القاضي وقال محمد يثبت الحجر بنفس السفه ولا يتوقف على القضاء اه. قلت وظاهر هذه المادة اختيار قول ابي يوسف

﴿المادة ٩٥٩﴾ للحاكم ان يحجر المديون بطلب الغرما

وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم (مجمع الانهر) وهذه المادة مفرعة عَلَى قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام راجع المادة ٢٦ وهل يراد بالمديون المديون مطلقاً او المفلس فقط سنحققه في شرح المادة ٩٩٩. ثم

انه لا خلاف عند الامامين ان الحجر بسبب الدين لا يثبت الا بقضا القاضي افاده طحطاوي

✵ المادة ٩٦٠ ✵ المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وان لم يعتبر تصرفهم القولي كالبيع والشرا فانهم يضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين نشاآ من فعلهم

اذ لا حجر في الفعلي كما قدمنا في شرح المادة ٩٤١ فراجعه ولكن لا يثبت فعل الاتلاف باقرارهم لان اقرارهم لا يصح كما سيأتي في المادة ١٥٧٣ بل لا بد من بينة

فيجب الضمان على الصبي اذا اتلف مال الغير وان كان غير مميز

اعلم ان الصبي المحجور مؤاخذ بافعاله فيضمن ما اتلفه من المال للحال الا في مسائل لو اتاف ما اقترضه وما اودع عنده بلا اذن وليه وما أُعير له وما بيع منه بلا اذن لا يضمنه « در مختار » وذلك لان الضمان بهذه الصور ضمان عقد والصبي ليس من اهل الزام الضمان وهذا عند الامام الاعظم ومحمد ، واما عند ابي يوسف فيضمن الصبي في هذه الصور لانه ضمان فعل والصبي من اهل الزام الفعل « رد محتار » ثم انه يستثنى من ايداعه ما اذا اودع صبي محجور صبياً مثله وهي ملك غيرهما فللمالك تضمين ايهما شاء كما قدمنا في شرح المادة ٧٧٦

✵ المادة ٩٦١ ✵ اذا حجر الحاكم على السفيه والمديون يشهر ويعلن للناس سبب الحجر

فيقول حجرت عليه بسبب دين فلان بن فلان عليه لان الحجر تختلف اسبابهُ وهو باختلاف سببهِ يختلف في نفسهِ لان الحجر بسبب السفهِ يعم الاموال كلها والحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود له في الحال فاما ما يحدث له من المال بالكسب وغيره فلا يؤثر الحجر فيه و ينفذ تصرفهُ فيهِ « هندية »

✵ المادة ٩٦٢ ✵ لا يشترط حضور من اراد الحاكم حجره ويصح حجره غياباً ايضاً ولكن يشترط وصول خبر الحجر الى ذلك المحجور ولا

يحجر ما لم يصل اليه خبر الحجر وتكون عقوده واقاريره معتبرة الى ذلك الوقت

انما لا يشترط حضور المحجور لان الحجر ليس هو قضاً من كل وجه فهو قضاً من وجه وفتوى من وجه آخر فهو قضا لان الحجر لا يثبت الا بحكم الحاكم اما كونه فتوى فلانهُ ليس فيهِ مقضى له ومقضى عليه ودعوى وانكار «طحطاوي» ووصول الخبر الى المحجور يتم بان يخبره عدل واحد او رجلان او رجل ومرأتان وعند تعدد الخبر لا تشترط العدالة «هندية»

﴿المادة ٩٦٣﴾ لا يحجر على الفاسق بمجرد فسقه ما لم يبذر و يسرف في ماله

وذلك لان الفاسق اهل للولاية عَلَى نفسهِ واولاده عند جميع اصحابنا (طحطاوي) ومثل الفاسق المغفل قال في رد المحتار عن الزيلعي لا يحجر على العاقل بسبب غفلة وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكن لا يهتدي الى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبهِ اه . قلت وهذا على قول الامام واما عَلَى قول صاحبيهِ فيحجر عليهِ و بقولها يفتى كما في التنوير ثم ان هذا الخلاف في تصرفات تحتمل الفسخ و يبطلها الهزل واما ما لا يحتمله ولا يبطله الهزل فلا يحجر عليهِ بالاجماع «در مختار» فيصح نكاحه وطلاقهُ واقراره بالعقوبات وله ان ينفق على نفسهِ وزوجته واولاده ومن تجب عليهِ نفقتهُ من ذوي ارحامهِ وتصح وصيتهُ وتنفذ من الثلث اذا كان له وارث اه ملخصاً عن التنوير ورد المحتار بخلاف الصبي فلا تجوز وصيتهُ اصلاً «خانية»

﴿المادة ٩٦٤﴾ يحجر على بعض الاشخاص الذين يضرون بالعامة كالطبيب الجاهل

والمفتي الماجن وهو الذي يعلم الحيل الباطلة و يفتي عن جهل والمكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء و يؤجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليهِ ولا له مال يشتري بهِ الدواب والناس يعتمدون عليهِ و يدفعون الكراء اليهِ و يصرف هو ما اخذه منهم في حاجتهِ فاذا جاء اوان الخروج يختفي فتذهب اموال الناس وتفوت حاجاتهم «طحطاوي» راجع شرح المادة ٢٦

لكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء العمل لا منع التصرفات القولية

قال طحطاوي وليس المراد حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف الا ترى ان المفتي لو افتى بعد الحجر واصاب في الفتوى جاز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعهُ فدل انهُ ما اراد بهِ حقيقة الحجر وانما اراد المنع الحسي بان يمنعوا عن عملهم حسياً لان المفتي الماجن يفسد اديان المسلمين والطبيب يفسد ابدانهم والمكاري يفسد اموالهم اه

﴿ المادة ٩٦٥ ﴾ اذا اشتغل واحد بصنعة او تجارة في سوق فليس لارباب هذه الصنعة او التجارة ان يحجروه او يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة او التجارة بقولهم انه يطرأ على ربحنا وكسبنا خلل

الفصل الثاني

في المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعتوه

﴿ المادة ٩٦٦ ﴾ لا تصح اصلاً تصرفات الصغير غير المميز القولية وان اذن له وليه

﴿ المادة ٩٦٧ ﴾ يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفع محض وان لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفهُ الذي هو في حقه ضرر محض كهبته وان اذنه بذلك وليه واجازه

وذلك لاشتراط الاهلية الكاملة في مثل هذا التصرف وكذا لو اجازه بعد بلوغه لا ينفذ الا اذا كانت بلفظ يصلح لابتداء العقد « رد محتار »

واما العقود الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة وليه، ووليه مخير في الاجازة وعدمها، فان رآها مفيدة في حق الصغير

اجازها والا فلا . مثلاً اذا باع الصغير المميز مالاً بلا اذن كان نفاذ ذلك البيع موقوفاً على اجازة وليه وان كان قد باعه باكثر من ثمنه لان عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الاصل

ولو باع الصبي المميز مالهُ بازيد من قيمتهِ ولو بضعف القيمة لا ينفذ بيعهُ بل يتوقف على اجازة وليهِ ولا يقال ان في هذا البيع نفعاً ظاهراً فينبغي ان ينفذ بلا اجازة لان العبرة باصل وضعهِ دون ما عرض له باتفاق الحال والبيع باصله متردد بين النفع والضرر بخلاف الاتهاب قال في المنح وتحقيق هذا المقام ان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث ان عاقل مميز و يشبه طفلاً لا عقل له من حيث انهُ لم يتوجه عليهِ الخطاب وفي عقله قصور ولهذا يثبت للغير عليهِ ولاية فالحق بالبالغ في النافع المحض و بالطفل في الضار المحض وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن و بالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن وقبل الاذن يكون منعقداً موقوفاً عَلَى اجازة الولي لان فيهِ منفعة لصيرورتهِ مهتدياً الى وجوه التجارات « طحطاوي »

✻ المادة ٩٦٨ ✻ للولي ان يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله و يأذن له بالتجارة لاجل التجربة فان تحقق رشده دفع وسلم اليهِ باقي امواله

ولو كان لم يبلغ لان تسليم امواله يتوقف على رشده لا على بلوغه فلو ظهر رشده قبل البلوغ جاز للوصي ان يسلمه امواله اما لو بلغ ولم يظهر رشده فلا كما يعلم من المادة ٩٨١ ويكفي لاجل تسليمه امواله ان يتحقق الوصي رشده كما يفهم من هذه المادة والمادة ٩٨١

✻ المادة ٩٦٩ ✻ العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح هي اذن بالتجارة . مثلاً لو قال الولي للصغير بع واشترِ او قال له بع واشترِ من جنس المال الفلاني فهو اذن بالبيع والشرا واما امر الولي الصبي باجراء عقد واحد فقط كقوله له اذهب الى السوق واشترِ الشيء الفلاني او بعه فليس بأذن بل هو من قبيل استخدام الصغير على وجه الوكالة بحسب المتعارف والمعتاد

قال في الدر المختار ثم اعلم ان الاذن بالتصرف النوعي اذن بالتجارة و بالشخصي استخدام اه . وفي الهندية والفاصل انه اذا اذن له بالعقود المذكورة مرة بعد مرة حتى يعلم ان مراده الربح يجعل ذلك اذناً وان اذن له بعقد واحد يعلم منه انه ليس مراده الربح لا يجعل اذناً في التجارة بل يعتبر استخداماً عرفاً وعادة اه . قال الاتقاني في توجيه كون الاذن في العمل الخاص يقتصر ولا يعم وجه الاستحسان الضرورة والضيق على الناس لان العبد لو جعل ماذوناً له بهذا القدر لضاق الامر على الناس ووقعوا في حرج لانه لو ثبت كونه ماذوناً بالاذن في شراء جمد او بقل بفلس لصح اقراره حينئذ على نفسه بمال عظيم حتى يفوت ذلك رقبته وكسبه فلا يتجاسر احد بعد ذلك على استخدام المملوك فتتعطل مصالحهم فلهذه الضرورة لم يجعل الاذن في كل شي اذناً عاماً بل جعل ذلك استخداماً وتوكيلاً (طحطاوي)

﴿ المادة ٩٧٠ ﴾ لا يتقيد ولا يتخصص اذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشرا . مثلاً لو اذن الولي الصغير المميز يوماً او شهراً كان ماذوناً على الاطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الاذن ما لم يحجره الولي . وكذا لو قال له بع واشترِ في السوق الفلان فانه يكون ماذوناً في كل مكان كذلك لو قال له بع واشترِ من جنس المال الفلاني فله ان يبيع ويشتري كل جنس من المال

وذلك لان الاذن فك الحجر وهو من الاسقاطات وهي لا تتوقف لانها تتلاشى عند وقوعها (رد محتار) وفيه الاذن بالتصرف لو ثبت مقصوداً تشترط له علم المأذون ولو ثبت ضمناً قيل لا وقيل نعم ومنهم من قال لا فرق بينهما وهو الظاهر اه

﴿ المادة ٩٧١ ﴾ كما يكون الاذن صراحة يكون ايضاً دلالةً . مثلاً لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشتري ولم يمنعه وسكت يكون قد اذنه دلالةً

والمراد بالرؤية هنا العلم فسواء رأى الولي بعينه او علم بان الصغير المميز باع او اشترى ولم يمنعه كان ذلك اذناً دلالةً

ولكن لا يكون ماذونًا في بيع ذلك الشي وشرائه لانه يلزم ان يصير ماذونًا قبل ان يصير ماذونًا وهو باطل (در مختار) وفي رد المحتار عن الحقائق انما يجعل سكوت الولي اذنًا اذا لم يسبق منه ما يوجب نفي الاذن حالة السكوت كقوله اذا رأيتم عبدي يتجر فسكتُ فلا اذن له بالتجارة ثم رآه يتجر فسكت لا يصير ماذوناً اتفاقاً اهـ ثم اعلم ان لفظة الولي الواردة في متن المادة يراد بها غير القاضي اذ لو رأى القاضي الصبي والمعتوه يبيع و يشتري فسكت لا يكون سكوته اذناً في التجارة (اشباه)

﴿ المادة ٩٧٢ ﴾ لو اذن للصغير وليه كان في الخصوصات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ فتكون عقوده التي هي كالبيع والاجارة معتبرة

فله ان يبيع و يشتري ولو بغبن فاحش بل ولو نهاه الوالي عن البيع بالغبن الفاحش كما في (رد المحتار وطحطاوي) ويوكل بهما ويرهن ويرتهن و يزارع ويأخذ الارض مزارعة و يشتري بزراً يزرعه و يشارك عناناً لانها وكالة لا مفاوضة لانها كفالة وله ان يستاجر ويؤجر ماله ونفسه وله ان يضارب ويدفع المال مضاربة وله ان يبضع و يعير ويقر بوديعة وغصب ودين اذ لو لم يجز الاقرار به لم يعامله احد فيكون من لوازم المعاملة وهذا اذا كان اقراره في صحته واذا كان في المرض قدم غرماء الصحة (ملتقى وشرحه مجمع الانهر) ولكن لا يصح اقرار الماذون لمن لا تقبل شهادته له كزوجته وابيه وابنه فان اقراره لهم بالدين باطل عند الامام الاعظم خلافاً لهما (درر) ولو اقر لهم بعين صح ان لم يكن مديوناً والا فلا (در مختار) وفي التتارخانية الصبي الماذون من جهة الاب اذا اقرّ لابيه بمال في يده او بدين لم يصح اقراره اهـ ومفهومه انه لو كان ماذونًا من جهة القاضي يصح اقراره لابيه يدل عليه ما في الولوالجية لو باع صبي ماذون له من ابيه وعليه دين بما يتغابن فيه جاز فان اقر بقبض الثمن لا يصدق الا ببينة لانه اقرار للاب وقد استفاد الاذن منه كما لو ادعى الاب الايفاء (ردمحتار) ومفاد قوله بما يتغابن فيه انه لا يصح بيعه من ابيه بالغبن الفاحش (طحطاوي) ومفاد قوله في المتن « في الخصوصات الداخلة تحت الاذن » ان تصرفه في غيرها لا تصح فاقراره بالمهر او بالكفالة بالمال هنديه باطل (وكذا اقراره بالقتل والهبة والابراء (خانية) وفي الهندية الصبي الذي اذن له ابوه او وصي ابيه في التجارة تسمع عليه البينة فيما لو كان من ضمن التجارة وان كان الآذن غائباً وكذا الجواب في المعتوه الماذون ولو

شهدوا على صبي مأذون او معتوه مأذون بالقتل عمداً ان كان الآذن حاضراً تقبل شهادتهم ويقضى بالدية على العاقلة وان كان غائباً لا تقبل وان كان الشهود شهدوا على اقرار الصبي او المعتوه بالقتل لا تقبل شهادتهم سواء كان الآذن حاضراً او غائباً اه

☀ المادة ٩٧٣ ☀ للولي ان يحجر الصغير بعد ما اذنه ويبطل ذلك الاذن ولكن يشترط ان يحجره على الوجه الذي اذنه به٠ مثلاً لو اذن الصغيرَ وليه اذناً عاماً فصار ذلك معلوماً لاهل سوقه ثم اراد ان يحجر عليه فيشترط ان يكون الحجر ايضاً عاماً ليصير معلوماً عند اكثر اهل ذلك السوق ولا يصح حجره عليه بمحضر رجلين او ثلاثة في داره

ويشترط ايضاً وصول الخبر للمحجور كما مر في المادة ٩٦٢

تنبيه : يجوز تعليق الاذن بالشرط واضافته الى المستقبل ولا يجوز تعليق الحجر بالشرط واضافته الى المستقبل « هندية »

☀ المادة ٩٧٤ ☀ ولي الصغير في هذا الباب اولاً ابوه ،ثانياً الوصي المختار اذا مات ابوه اي الوصي الذي اختاره ابوه ونصبه في حياته ، ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار حال حياته اذا مات، رابعاً جده الصحيح اي ابو ابي الصغير او ابو ابي الاب، خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته ، سادساً الوصي الذي نصبه هذا الوصي ، سابعاً الحاكم او الوصي الذي نصبه الحاكم٠ واما الاخ والعم وسائر الاقارب ان لم يكونوا اوصياء فاذنهم غير جائز

والمعتوه الذي يعقل البيع باذن له الاب او الوصي والجد دون الاخ والعم وحكمه حكم الصبي « هندية » وهذا اذا بلغ معتوهاً اما اذا بلغ عاقلاً ثم عته لا تعود الولاية الى الاب قياساً بل الى القاضي وفي الاستحسان تعود اليهِ٠ قيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد (رد محتار)٠ والمجنون عَلَى هذا الخلاف٠ ثم انه ليس للقاضي ان يتصرف مع وجود الوصي ولو منصوبه لان الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة راجع

المادة ٥٩ . ووصي القاضي كوصي الاب الا في مسائل الاولى اذا قيد القاضي بنوع تقيد به وفي الاب يعم اي اذا اوصى الاب الى رجل في نوع كان وصياً في الانواع كلها « تنوير » . الثانية لوصي الاب ان يشتري لنفسه من مال اليتيم او يبيع ماله منه اذا كان خيراً لليتيم بان يبيع مثلاً ما يساوي خمسة عشر بعشرة او يشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر بخلاف وصي القاضي فلا يجوز بيعهُ وشراؤهُ من مال اليتيم بكل حال « مجمع الانهر » . الثالثة وصي الميت لا اجر له بخلاف وصي القاضي « علي افندي عن القنية » . اما وصي الام ووصي الاخ فليس لهما ولاية التصرف في تركة الام مع حضرة الاب او وصيه او وصي وصيه او الجد وان لم يكن واحد ممن ذكر فلوصي الام والاخ الحفظ وبيع المنقول لا العقار ولا يشتري الا الطعام او الكسوة لانهما من جملة حفظ الصغير « در مختار » . وظاهر قوله وله بيع المنقول لا العقار ان وصي الاب يملك بيع العقار مع ان المصرح به عدمهُ الا لمسوغ كأن يكون الثمن بضعف القيمة او يكون في يد متغلب او خيف على خرابه او نقصانه او يكون على الميت دين فيملك البيع بقدر الدين او يكون لنفقة الصغير او لوصية بدراهم مطلقة لا نفاذ لها الا من ثمن العقار او ان تزيد نفقة العقار على غلته (درر) . وهذا بخلاف بيع الاب عقار ابنه فانهُ لا يفتقر الى المسوغات المذكورة اذا كان الاب محموداً او مستور الحال وان كان فاسداً فلا يجوز بيعهُ ولو بمسوغ وللابن نقضه بعد بلوغه الا اذا باعه بضعف القيمة « رد محتار » وفي تكملته وما ملكهُ اليتيم من مال غير تركة امه فليس لوصي امه التصرف فيه منقولاً او غيره اه لان الوصي قائم مقام الام وليس للام التصرف في مال طفلها فكذا وصيها بخلاف وصي الاب او الجد حيث يكون له ولاية التصرف مطلقاً من غير تقييد بما تركه الموصي ميراثاً لانهُ قائم مقام الموصي وللاب او الجد التصرف في جميع مال الصغير فكذا وصيه « طحطاوي » . والحاصل ان وصي الاب يملك بيع المنقول والعقار باحدى المسوغات المارة ووصي الام لا يملك الا بيع المنقول المتروك عنها فقط والاصل فيه ان اضعف الوصيين في اقوى الحالين كاقوى الوصيين في اضعف الحالين واضعف الوصيين وصي الام والاخ والعم واقوى الحالين حال صغر الورثة واقوى الوصيين وصي الاب والجد والقاضي واضعف الحالين حال كبر الورثة فوصي الام في حال صغر الورثة كوصي الاب حال كبر الورثة عند غيبة الوارث فللوصي بيع منقوله لا عقاره كوصي الاب حال كبرهم « جامع الفصولين »

وفيه ليس للقاضي نصب الوصي والمتولي الا اذا كان ذكر التصرف في الاوقاف والايتام منصوصاً عليه في منشوره اه

تتمة : اذا ادعى المديون ان العقار الذي حجز عليه ملك ولديه القاصرين وهما تحت ولايته وطلب رفع الحجز فيلزم ان يقام عن ولديه وصي من قبل الشرع الشريف لترى الدعوى بحضوره لان الاب في هذه الصورة خصم لولديه وللدائن معاً و بذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١٣ كانون الاول ٣٠٩ «ج ٠ م٠ عد ٧٧٧»

﴿ المادة ٩٧٥ ﴾ للحاكم ان يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الاذن ولو كان اقوى منه ولاية وذلك اذا رأى في تصرفه نفعاً وليس للولي ان يحجر عليه بعد ذلك

واذا ادعى على صبي ماذون شيئاً فانكر ،اختلفوا في تحليفه والفتوى على انه يحلف « طحطاوي »

﴿ المادة ٩٧٦ ﴾ اذا توفي الولي الذي اذن الصغير بطل اذنه

وكذا اذا جن جنوناً مطبقاً ولا يشترط فيهما العلم لان ذلك حجر حكمي اما لو جن غير مطبق فلا يبطل الاذن « طحطاوي » واذا افاق من جنونه لا يعود الاذن لان الساقط لا يعود

ولكن لا يبطل اذن الحاكم بوفاته ولا بعزله

ولا بجنونه قال في الهندية لو اذن الوصي لليتيم ثم مات واوصى الى آخر فموته حجر عليه اي على اليتيم وان اذن القاضي ثم عزل اومات او جن فهو على اذنه اه

﴿ المادة ٩٧٧ ﴾ الصغير المأذون من حاكم يجوز ان يحجر عليه من ذلك الحاكم او خلفه وليس لابيه او غيره من الاولياء ان يحجر عليه عند موت الحاكم او عزله

لانه لما كان الاذن قضاً من وجه لم يكن لاحد نقضه (در منتقى)

﴿ المادة ٩٧٨ ﴾ المعتوه هو في حكم الصغير المميز

فان تصرف تصرفاً نافعاً محضاً كقبول الهبة صح بلا اذن وليه وان كان تصرفه

مضراً كالهبة والصدقة لا يصح وان اذن به وليه وان كان متردداً بين النفع والضرر توقف على اجازة وليه فان اجاز نفذ والا لا ، غير انهُ يشترط لصحة الاجازة ان يعقل المعتوه كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له « تنوير »

﴿ المادة ٩٧٩ ﴾ المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز

فلا تصح تصرفاته القولية مطلقاً ولو اجازها الولي او اجازها هو بعد افاقته

﴿ المادة ٩٨٠ ﴾ تصرفات المجنون غير المطبق في حال افاقته كتصرف العاقل

هذا اذا كان يزول عنهُ وقت إفاقته عارض الجنون بالكلية اما الذي يجن ويفيق ناقص العقل فحكمه كصغير مميز كما حققهُ في رد المحتار

﴿ المادة ٩٨١ ﴾ لا ينبغي ان يستعجل في اعطا الصبي ماله عند بلوغه بل يجب ان يجرب بالتأني فاذا ثبت رشده تدفع اليه حينئذٍ امواله

وجوباً حتى لو منعها الوصي عنهُ بعد طلبه ضمن وقبل طلبه لا ضمان (در منتقى) والظاهر من نص هذه المادة انهُ يكفي لاجل تسليم الصبي امواله ان يتحقق الوصي رشده كما قدمنا في شرح المادة ٩٦٨ وانما يضمن الوصي بالمنع اذا هلك في يده لتعديه في المنع اما اذا بلغ الصبي فمنعه قبل ان ينكشف حاله ويعلم رشده وصلاحيته بالاختبار فهلك لا يضمن. قال الجلبي في فتاواه والواجب على الوصي ان لا يدفع اليه المال الا بعد الاختبار فاذا منعه لذلك كان منعاً لواجب فلا يكون متعدياً وفي الخانية ما يشهد له (رد محتار). قلت ونص هذه المادة والمادة ٩٨٣ الآتية مؤيد لما قاله الجلبي

﴿ المادة ٩٨٢ ﴾ اذا بلغ الصبي غير رشيد لا تدفع اليه امواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق

وان صار شيخاً « رد محتار » ولو تصرف في ماله لا ينفذ تصرفه وهذا على قول الامامين خلافاً للامام الاعظم فانه قال يسلم اليه ماله اذا بلغ خمساً وعشرين سنة وان لم يؤنس رشده (ملتقى) ولكن في طحطاوي وصرة الفتاوى ان عدم نفاذ تصرفه قول محمد لانه لا يرى وجوباً لحجره اذا بلغ غير رشيد بل يستمر محجوراً كما كان اما

عَلَى قول ابي يوسف فلابد من حجره بعد بلوغه سفيهاً وما لم يحجره القاضي ينفذ تصرفه وهذا الخلاف في نفاذ التصرف لا غير لان الامامين متفقان على عدم جواز تسليم الصبي امواله اذا بلغ غير رشيد . اما الامام الاعظم فانه يقول بنفاذ تصرفه وان قال لا يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة لانهُ لا يرى الحجر على السفيه كما قدمنا قبل المادة ٩٥٧

﴿ المادة ٩٨٣ ﴾ يضمن وصي الصغير اذا دفع اليه ماله قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير او اتلفه

ولو كان قد دفعهُ اليهِ بعد بلوغه . في الحامدية قال في حاشية الاشباه وكما يضمن الوصي بالدفع اليه وهو مفسد فكذا يضمن بالدفع اليه قبل ظهور رشده بعد الادراك اه . وفي رد المحتار سئل العلامة الحلبي عمن بلغت وعليها وصي هل يثبت رشدها بمجرد البلوغ ام لا بد من بينة فاجاب بانهُ لا يثبت الا بحجة شرعية ومثله في الخيرية اه . قلت والحجة الشرعية هي البينة او اقرار الوصي وعلى هذا لو ادعى الصبي الرشد بعد بلوغه وطلب من وصيه تسليمهُ امواله فانكر الوصي رشده فلا بد للصبي من اثباته بالبينة ولكن يفهم من المادة ١٣ من الفقرة النظامية الموضوعة بالامر السلطاني في ٥ ذي الحجة سنة ١٢٨٨ (دستور جلد اول) انهُ اذا لم يكن الصبي قد اتم العشرين من سنه فلا تسمع دعواه بالرشد فاذا سمعها الحاكم وقضى بها لا ينفذ حكمهُ انظر مادة ١٨٠١

﴿ المادة ٩٨٤ ﴾ اذا اعطي الصغير ماله عند بلوغه ثم تحقق كونه سفيهاً حجر عليه الحاكم

﴿ المادة ٩٨٥ ﴾ يثبت حد البلوغ بالاحتلام والاحبال والحيض والحبل

وان لم يوجد في الذكر والانثى شيء من ذلك فحتى يتم لكل منهما خمس عشرة سنة و به يفتى « تنوير » ومفاده انه لااعتبار لنبات العانة واللحية وشعر الساق والابط والشارب وكذا نهود الثدي وثقل الصوت (طحطاوي)

﴿ المادة ٩٨٦ ﴾ مبدا سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة تامة وفي المرأة تسع سنين تامة ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة واذا اكمل الرجل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له المراهق وان اكملت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها المراهقة الى ان يبلغا

ومعنى المراهق الداني من البلوغ يقال رهقهُ اي دنا منهُ ومنهُ اذا صلّى احدكم الى سترة فليرهقها وصبي مراهق مدان للحلم (مغرب)

﴿ المادة ٩٨٧ ﴾ من ادرك منتهى سن البلوغ ولم تظهر فيه اثار البلوغ يعد بالغاً حكماً

﴿ المادة ٩٨٨ ﴾ الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ اذا ادعى البلوغ لا يقبل

﴿ المادة ٩٨٩ ﴾ اذا اقر المراهق او المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فان كانت جثة ذلك المقر غير محتملة للبلوغ وكان ظاهر الحال من ثم مكذباً له فلا يصدق في اقراره وان كانت جثته تحتمل البلوغ ولم يكذبه ظاهر الحال يصدق وتكون عقوده واقاريره نافذة معتبرة ولو اراد بعد ذلك ان يفسخ تصرفاته القولية الواقعة بعد الاقرار بحجة انه في ذلك الوقت اي حين اقر بالبلوغ لم يكن بالغاً فلا يلتفت الى قوله ولا يعتبر

والحاصل ان الاقرار بالبلوغ لا يصح الا بشرطين الاول ان يكون المقر مراهقاً اي ان يكون قد اتم مبدأ سن البلوغ المبين في المادة ٩٨٦ فان كان لم يتمه فلا يصدق ولو كانت جثتهُ تحتمل البلوغ لان البلوغ لا يحصل عادة قبل تمام ذلك السن . الثاني ان تكون جثته متحملة البلوغ . وقد ورد في بعض الكتب كرد المحتار وصرة الفتاوى وغيرهما شرط ثالث وهو ان يفسر المقر البلوغ بان يقول كيف علم انهُ بلغ أباحتلام او بغيره لانه قد يلقن الاقرار بالبلوغ كذباً وهو لا يفهمه

الفصل الثالث

في السفيه المحجور

﴿المادة ٩٩٠﴾ السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ولكن

يختلف عنه بمسائل منها ان تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور باطل ومنها ان المحجور اذا اوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز كما قدمنا في شرح المادة ٩٦٣ . اما وقفه فان كان بغير اذن القاضي فهو باطل اجماعاً وان كان باذنه فهو صحيح عند الامام البلخي وباطل عند الامام ابي القاسم (هندية) . ومنها ان طلاق المحجور ونكاحه جائز ومن الصبي باطل . نص على هذه المسائل في الخانية . ومنها ان

ولي السفيه الحاكم فقط وليس لابيه وجده واوصيائهما حق الولاية عليه

﴿المادة ٩٩١﴾ تصرفات السفيه القولية التي تتعلق بالمعاملات اذا وقعت بعد الحجر لا تصح ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس

وكذا تصح تصرفاته بعد الحجر قبل وصول الخبر اليهِ راجع المادة ٩٦٢

﴿المادة ٩٩٢﴾ ينفق على السفيه المحجور وعلى من لزمته نفقتهم من ماله

ولكن لا يسلمهُ القاضي المال بل ينفق عليهِ بنفسهِ او بواسطة امينهِ

﴿المادة ٩٩٣﴾ اذا باع السفيه المحجور شيئاً من امواله لا ينفذ بيعه

وان كان في بيعه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان رابحاً (مجمع الانهر)

ولكن اذا رأى الحاكم فيه منفعة يجيزه

غير انهُ يشترط لصحة الاجازة ان يكون الثمن باقياً في يد المحجور ليأخذه منهُ

القاضي اما لو كان قد استهلكه فلا تصح الاجازة (حيدرافندي عن العناية والجوهرة)
واجازة القاضي للبيع اجازة ايضاً للسفيه بقبض الثمن فلو اداه اليهِ المشتري برىء الا
ان ينهاه القاضي عنهُ (رد محتار) انظر تتمة شرح المادة ١٠٠٢

﴿ المادة ٩٩٤ ﴾ لا يصح اقرار السفيه المحجور بدين لآخر مطلقاً

يعني ليس لاقراره تأْثير في حق امواله الموجودة في وقت الحجر والحادثة بعده

قال في الخانية ولو اودع انسان عند محجور فاقر المحجور انهُ استهلك لا يصدق
فلو صار مصلحاً بعد ذلك يسال عما اقر فان قال ما اقررت بهِ كان حقاً يؤْاخذ بهِ في
الحال وان قال ما اقررت بهِ كان باطلاً لا يؤْاخذ ولو ان رجلاً اقرض محجوراً او
اودعهُ ثم صار مصلحاً فقال لصاحب المال كنت اقرضتني في حال فسادي فانفقتها او
قال اودعتني في حال فسادي فانفقتها وقال صاحب المال لا بل اقرضتك في حال
صلاحك كان القول قول صاحب المال و يضمن المحجور وان قال صاحب المال بل
اقرضتك في حال فسادك واستهلكته في حال صلاحك وقال المحجور اقرضتني في
حال فسادي واستهلكتهُ فيه فالقول للمحجور فان اقام صاحب المال البينة انهُ اقرضه
في حال فساده ولكن استهلكهُ في حال صلاحه قبلت بينتهُ اهـ وفي الهندية لا يصدق
السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلاً الا في اربعة اشيا في الوالد والولد والزوجة
ومولى العتاقة وان كان السفيه امرأَة فلا تصدق الا في الوالد والزوج ومولى العتاقة
ولا تصدق في الولد ثم اذا صدق في حق هؤلاء ان ثبت غير هؤلاء بالبينة فانهُ تجب
النفقة في ماله وان لم يثبت غيرهم بالبينة ولكن السفيه اقر فانهُ لا تجب النفقة ، وكذلك
لو اقر للمرأة بنفقة ما مضى لم يصدق الا ببينة اهـ

﴿ المادة ٩٩٥ ﴾ حقوق الناس التي هي على المحجور تؤدّى من ماله

﴿ المادة ٩٩٦ ﴾ اذا استقرض السفيه المحجور نقوداً وصرفها في
نفقته فان كان قد انفقها بالمعروف اداها الحاكم من ماله وان كان قد انفق
اكثر من القدر المعروف فانه يؤدي مقدار نفقته و يبطل ما زاد عنها

ولو استقرض السفيه مالاً ليعطي صداق المرأة صح استقراضهُ فان لم يعط المرأة
وصرف المال في بعض حوائجه لا يواخذ به لا في الحال ولا بعد البلوغ لان السفيه

المحجور بمنزلة الصبي والمجنون والصبي المحجور ليس من اهل الالتزام فلا يصح التزامهُ (خانية)

﴿المادة ٩٩٧﴾ اذا اكتسب السفيه المحجور صلاحاً فك الحاكم حجره

راجع المادة ٢٣ وهذا ظاهر في انهُ لا يرتفع الحجر بمجرد الصلاح والرشد بل باطلاق القاضي وبهِ صرح في الدر المختار واذا ادعى السفيه الرشد وادعى خصمه بقاءه على السفه فبينة خصمه اولى (اشباه) قال طحطاوي وفي الظهيرية لو ان رجلاً كان صالحاً ثم فسد فحجر عليهِ القاضي وكان انسان قد اشترى منهُ شيئاً فاختلف المحجور والمشتري فقال المحجور اشتريته في حال الحجر وقال المشتري اشتريته منك حال صلاحك فالقول للمحجور عليهِ والبينة لمدعي الصحة ولو اطلق عنه القاضي فقال المشتري اشتريته بعد ما اطلق عنك وقال المحجور بل اشتريته في حال الحجر فالقول للمحجور عليهِ. نقله في الهندية فافاد ان القول للمحجور عليهِ في الصورتين ومن القواعد ان بينة الصحة مقدمة على بينة الفساد فما في الاشباه لم يوافق المنقول وافاد محشيها الشيخ صالح بحثاً تفصيلاً في المقام حاصله ان الخلاف بين الخصمين اذا كان بعد الحجر ينبغي تقديم بينة الرشد لانها تثبت خلاف الظاهر اذ الظاهر بقاء ما كان على ما كان عليهِ فكانت بينة الرشد اكثر اثباتاً والبينات شرعت للاثبات واما اذا كان قبل الحجر فالظاهر الرشد وبينة السفه تثبت خلافه والبينة لمن يثبت خلاف الظاهر

الفصل الرابع

في المديون المحجور

﴿المادة ٩٩٨﴾ لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في اداء دينه مع قدرته على الوفاء وطلب الغرماء بيع ماله وتادية دينه حجره الحاكم

لئلا يلجئ ماله بطريق المواضعة فيضر بغرمائه ولكنه يشترط للحجر اولاً طلب الغرما فليس للحاكم ان يحجره عفواً — ثانياً ان يكون الدين محكوماً به فمجرد دعوى الغرما لا يكفي (هندية). اما الاشهاد اي اعلان الحجر فليس بشرط لصحته

وانما يفعله القاضي خوفاً من الجحود (خانية) . وكذا ملاءة المديون ليست بشرط ايضاً كما توهم عبارة المتن لجواز حجر المفلس كما سيأتي في المادة الآتية هذا من الجنس الثاني

واذا امتنع عن بيع ماله وتأدية الدين باعه الحاكم وادى دينه فيبدأ بما بيعه اهون في حق المديون فيقدم النقود اولاً فان لم تفِ فالعروض وان لم تفِ العروض ايضاً فالعقار

وقال بعضهم يبداء بما يخشى عليهِ التوى من عروضهِ ثم بما لا يخشى عليهِ ثم بالعقار . والحاصل انه يبيع ما كان انظر له لان القاضي نصب ناظراً فينبغي له ان ينظر للمدين كما ينظر للمداين (مجمع الانهر) . ثم انه اذا باع القاضي مال المديون او امر امينه ببيعه فباعه فضاع الثمن عند القاضي او عند امينهِ واستحق المال او ضاع قبل تسليمهِ للمشتري لم يضمن القاضي ولا امينه لان امين القاضي كالقاضي والقاضي كالامام وكل منهم لا يضمن بل ولا يحلف و يرجع المشتري بالثمن الذي اداه عَلَى الغرماء لتعذر الرجوع على العاقد ولو باع وصي الميت او وصي القاضي مال الميت لاجل الغرما بامر القاضي او بلا امره فاستحق المبيع او هلك قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليهِ وهو يرجع على الغرما لانه عامل لهم ولو ظهر بعد ذلك للميت مال رجع الغرماء فيهِ بدينهم لا بما ضمنوا وهو ثمن المبيع عَلَى الاصح اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار . وفي الهندية واذا باع القاضي مال المديون لقضاء ديونهِ او امر امينه بالبيع فان عهدة البيع على المطلوب لا على القاضي وامينه والعهدة هي ان المبيع لو استحق فان المشتري يرجع بالثمن على المديون لا عَلَى القاضي وامينه اه . وفيها ويبيع القاضي ما لا يحتاج اليه المديون في الحال فيبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء و يبيع الكانون من الحديد و يتخذ من الطين اه . وفي التنوير ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة لعدم ملكهم اذ الدين لغيرهم اه . وفي جامع الفصولين وللوصي ايضاً بيع التركة المستغرقة لو بقيمتها وليس للغرماء ابطاله اه

✳ المادة ٩٩٩ ✳ المديون المفلس وهو من كان دينه مساوياً لماله او ازيد منه اذا خاف غرماؤه ان يضيع ماله بالتجارة او ان يخفيه او يجعله

باسم غيره وراجعوا الحاكم طالبين حجره عن التصرف في ماله او عن اقراره يدين لآخر حجره الحاكم

مفاده اذا لم يكن المدبون مفلساً لا يجوز حجره وهذا موافق لما في الدر المنتقى ونصه و يشترط لصحة الحجر عندهما القضا بالافلاس ثم الحجر بناء عليه اه. ولكن صرح في المادة السابقة بجواز الحجر على المديون ولو كان ملياً فتنبه و به صرح في نتائج الافكار

وباع امواله وقسمها بين الغرماء ولكن يترك له من الالبسة ثوباً او ثوبين وان كان للمديون ثياب ثمينة و كان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة واعطى باقيه للغرماء وكذلك اذا كان له دار وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المديون واعطى باقي الثمن للغرماء

هذا ظاهر في انه لا يباع على المدبون بيت سكنه اذا كان لا يمكن ان يجتزىء بما دونه و به افتى في الحامدية ونقل في رد المحتار عن الرحمتي ما يؤيده حيث قال ولا يكلف المدبون ان يسكن بالاجرة اه . وهذا اذا كان المدبون حياً اما لو مات فيباع بيته في كل حال لان حق الغرما مقدم على الارث كما في عامة الكتب . واذا اثبت المديون ان البيت الذي حجز عليه انما هو بيت سكنه فلا يجوز ان يحكم بفك الحجز بل يلزم ان يحقق عما اذا كان يمكن الاكتفا بما دون هذا البيت ام لا ثم يحكم وفقاً للنتيجة التي تظهر و بذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٥ تشرين الثاني ٢٩٩ ج. م. عد ٢٣٨ . وفي رد المحتار لو كان عند المدبون عقارات وقف سلطاني زائدة على سكناه او صدقات في الدفاتر السلطانية لا يؤمر ببيعها كما افتى به غير واحد من العلماء اه. وفي تنقيح الحامدية ولو كان المدبون المفلس معتملاً و يفضل عنه وعن نفقة عياله شيء يصرفه الى دينه فللدائن ان يأخذ فضل كسبه وقال في محل اخر بان ليس للدائن ان ياخذ جميع كسبه بل ما يفضل عن نفقته ونفقة عياله اه . وفيها اذا كان للمديون قدر استحقاق في وقف اهلي فهل يوزع ما يفضل من قدر استحقاقه عن نفقتهِ بين ارباب الديون بحسب ديونهم الجواب نعم

﴿ المادة ١٠٠٠ ﴾ ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله

لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرماآ (مجمع الانهر) . ويراد بالنفقة ما يكفيهِ بدون تقتير فلا ينبغي للقاضي ان يضيق عليهِ في نفقتهِ . قال في الخانية المحبوس بالدين اذا كان يسرف في اتخاذ الطعام يمنعه القاضي عن الاسراف ويقدر له المعروف والكفاف وكذلك في الثياب يقتصد فيها ويأمر بالوسط ولا يضيق عليه في ماكوله ومشروبهِ وملبوسه اه

﴿ المادة ١٠٠١ ﴾ الحجر للدين يؤثر في مال المديون الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر

بخلاف الحجر بالسفه فانه يؤثر في المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده كما مر في المادة ٩٩٤ . والفرق ان حجر المديون لحق الغرماآ وحقهم تعلق بما له وقت الحجر لا بما يحدث بعده لانه لم يكن موجوداً (رد محتار)

﴿ المادة ١٠٠٢ ﴾ الحجر يؤثر في كل ما يؤدي الى ابطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بانقص من ثمن مثله

ولو كان النقصان يسيراً (عناية) ويؤيده اطلاق المتن . اما ان باع بمثل القيمة فيجوز بيعه (خانية) . وفي رد المحتار ثم اذا صح الحجر بالدين صار المحجور كمريض عليه ديون الصحة فكل تصرف ادى الى ابطال حق الغرما فالحجر يؤثر فيه كالهبة والصدقة واما البيع فان بمثل القيمة جاز وان بغبن فلا ويخير المشتري بين ازالة الغبن وبين الفسخ كبيع المريض اه . وفي الخانية لو باع المحجور شيئاً من عقاره او عروضه من الغريم الذي حجر لاجله ليصير الثمن قصاصاً بدينه جاز بيعه اذا كان الغريم واحداً فان كان اثنين وكان قد حجر بدينهما جاز بيعه من احدهما لو بمثل القيمة كما لو باع من اجنبي ولكن لا يصير كل الثمن قصاصاً بدين هذا المشتري لان فيه ايثار بعض الغرماء على البعض ولكن الثمن يكون بين الغرماء بالحصص ولو حجر القاضي بدين على رجل لقوم لهم ديون مختلفة فقضى المحجور دين بعضهم شاركهم الباقون فيما قبضوا فيسلم لهم حصتهم ويدفعون ما زاد على حصتهم الى غيرهم من الغرماء اه بتصرف .

وعلى هذا لا تعتبر عقود المديون المفلس وتبرعاته وسائر تصرفاته المضرة بحقوق الغرماء في حق امواله الموجودة وقت الحجر

ولكن لو استهلك مال انسان وثبت ذلك بغير اقراره يلزمه ضمانه من ماله الموجود وقت الحجر اذ لا حجر في الفعل وهو مشاهد فتنتفي التهمة فيخلص المالك الغريم الذي حجر لاجله . وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها يلزم اداء المهر من ماله الموجود وقت الحجر واما اذا زاد المهر على مهر المثل فمقدار مهر المثل يظهر في حق الغريم الذي حجر لاجله فتحاصه المراة في ذلك وما زاد على مهر المثل لا يظهر في حق الغريم بل يظهر في المال الذي حدث للمحجور بعد الحجر (خانية ملخصاً)

ولكن تعتبر في حق امواله التي اكتسبها بعد الحجر ولو اقر لآخر بدين لا يعتبر اقراره في حق امواله التي كانت موجودة في وقت الحجر

لانه لما حجر للغرماء تعلق حقهم بما في يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم مع ان الاقرار امر مشاهد فيحتمل ان يكون كاذباً ولكن ينفذ اقراره على نفسه (مجمع الانهر) اما لو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بشهادة الشهود بان شهدوا على الاستقراض والشرا بمثل القيمة فللغريم حينئذٍ ان يزاحم الغرما ، نص عليه في الدر المختار وغيره

ولكنه يعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديوناً بادائها في ذلك الوقت وايضاً ينفذ اقراره في ما يكتسبه بعد الحجر ويقضى دينه منه

لعدم تعلق حق الغرما به لانه لم يكن موجوداً وقت الحجر

تتمة : لو باع المحجور ماله من احد واجاز القاضي بيعه ولم ينهِ المشتري عن دفع الثمن له جاز دفعه ولا شيء عَلَى المشتري لان اجازة البيع اجازة لدفع الثمن كالوكيل بالبيع فانه وكيل بقبض الثمن ولكن لو نهى القاضي المشتري عن دفع الثمن الى المحجور فدفعه وهلك يضمن المشتري الثمن للقاضي لانه لما نهاه صار حق القبض للقاضي فاذا دفعه للمحجور عليه بعد ذلك صار كانه دفعه الى اجنبي ولا خيار للمشتري في ذلك لانه ضيع ماله بالدفع اليه بعد ما نهاه القاضي فلا يستحق بسببه تخفيفاً ولا خياراً (طحطاوي ملخصاً)

الباب الثاني

في المسائل التي تتعلق بالاكراه

﴿ المادة ١٠٠٣ ﴾ يشترط ان يكون المجبر مقتدراً على ايقاع تهديده

فاذا خوف الزوج زوجته بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح الهبة ان قدر الزوج عَلَى الضرب (تنوير) وذلك لان الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه قال في الدر المختار لو منع زوجته المريضة عن المسير الى ابويها الا ان تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة لانها كالمكرهة . قلت و يؤخذ منه جواب حادثة الفتوى وهي زوج بنته البكر من رجل فلما ارادت الزفاف منعها الاب الا ان تشهد عليها انها استوفت منه ميراث امها فاقرّت ثم اذن لها بالزفاف فلا يصح اقرارها لكونها في معنى المكرهة و به افتى ابو السعود اه ، قلت و به افتى ايضاً الخير الرملي ثم قال وانت تعلم ان البيع والشراء والاجارة كالاقرار والهبة وان كل من يقدر على المنع من الاولياء حكمه حكم الاب للعلة الشاملة فليس الاب قيداً وكذلك البكارة ليست قيداً كما هو مشاهد في ديارنا من اخذ مهورهن كرهاً عليهن اه

فلا عبرة من ثمّ لاكراه من لم يكن قادراً على ايقاع تهديده واجرائه

﴿ المادة ١٠٠٤ ﴾ يشترط خوف المكره من وقوع المكره بهِ يعني يشترط حصول ظن غالب عند المكره باجراء المكره به ان لم يفعل المكره عليه

فائدة : لو اكره احد عَلَى اخذ مال غيره او على قبول الوديعة او الهبة فالضمان عَلَى الآمر ولا يضمن المكره ما اخذه اذا نوي وقت الاخذ رده على صاحبه وان اختلف المالك والمكره في ذلك فالقول للمكره مع يمينه لانكاره الضمان (تنوير وخانية)

﴿ المادة ١٠٠٥ ﴾ ان فعل المكره المكره عليه في حضور المجبر او عونه كان الاكراه معتبراً ، اما اذا فعله في غياب المجبر او عونه فلا يعتبر

لانه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الاكراه . مثلاً لو اكره واحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر وعونه فلا يعتبر الاكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً

وذلك لزوال القدرة على ايقاع الفعل بالبعد ،نعم انه يخاف عوده ولكن لا يتحقق به الاكراه (رد محتار)

﴿ المادة ١٠٠٦ ﴾ لا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه المعتبر ولا الشراء والايجار والهبة والفراغ والصلح عن مال والاقرار والابراء وتاجيل الدين واسقاط الشفعة ملجئاً كان الاكراه او غير ملجئ

بل تتوقف كل هذه التصرفات على اجازة المكره بعد زوال الاكراه لان الاصل ان تصرفات المكره القولية سواء كان مكرهاً بالملجيء او بغيره تنعقد كما في البيوع الفاسدة (درر) وحينئذٍ فالخيار للمكره ان شاء امضى العقد وان شاء فسخ ولا يبطل حق الفسخ بموت المشتري ولا بموت المكره بل تقوم ورثة كل منهما مقامه ولا يبطل ايضاً بالزيادة المنفصلة سواء كانت متولدة كالثمرة اولا كالارش ولا بالزيادة المتولدة كالسمن (رد محتار) وتضمن الزيادة المنفصلة بالتعدي لا بدونه (رد محتار) كما في البيع الفاسد غير ان هذا يخالف البيع الفاسد في ثلاث صور الاولى انه يجوز بالاجازة القولية والفعلية (تنوير) بخلاف غيره من البيوع الفاسدة اذ لا يجوز وان اجازه العاقدان لان الفساد لحق الشرع (رد محتار) الثانية ان المكره ينقض تصرف المشتري منه (تنوير) وان تداولت الايدي المبيع (رد محتار) لان الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع (طحطاوي) الثالثة ان الثمن فيما اذا كان المكره بائعاً او المبيع فيما اذا كان مشترياً امانة في يد المكره اشباه لقبضه باذن الاخر فلا ضمان عليه بلا تعدٍ بخلافه في البيع الفاسد (در مختار)

ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه صح

سواء كانت الاجازة قولية او فعلية كما لو باع مكرهاً وسلم المبيع طوعاً او قبض ثمنه طوعاً فانهُ ينفذ البيع لوجود الرضا بخلاف ما لو وهب مكرهاً وسلم طائعاً (ملتقى)

فانه لا يكون اجازة لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلاً في الاكراه والاكراه في البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن التسليم فيه داخلاً في الاكراه فافترقا (مجمع الانهر) وفي الهندية ادعى انه كان مكرهاً على البيع واراد استرداد المبيع لا تسمع دعواه ما لم يدع انه كان مكرهاً على التسليم اه وفي التنوير ولو اكره رجلاً على بيع ما له من آخر وهلك المبيع في يد المشتري فللبائع المكره ان يضمن اياً شاء من المكره والمشتري فان ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته وان ضمن المشتري نفذ كل شراء بعده ولا ينفذ ماقبله اي قبل الضمان لعدم دخوله في ملك غيره قبل التضمين حتى يملكه (مجمع الانهر) بخلاف ما اذا اجاز المالك احد البياعات فيما لو تداولته الايدي حيث يجوز الجميع و ياخذ الثمن من المشتري الاول (در مختار) وذلك لان البيع كان موجوداً والمانع من النفوذ حق المكره وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل واما اذا ضمن المكره المشتري فانه لم يسقط حقه لان اخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون اخذ الثمن استرداداً للمبيع بل اجازة فافترقا (رد محتار)

﴿المادة ١٠٠٧﴾ كما ان الاكراه الملجيء يكون معتبراً في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة فهو معتبر ايضاً في التصرفات الفعلية واما الاكراه غير الملجيء فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا عبرة له في التصرفات الفعلية . وعلى هذا لو قال واحد لاخر اتلف مال فلان والا قتلتك او قطعت احد اعضائك ففعل كان الاكراه معتبراً والضمان على المجبر فقط . اما لو قال اتلف مال فلان والا اضربك او احبسك فاتلف ذلك المال فلا يكون الاكراه معتبراً و يلزم الضمان على المتلف فقط

فروع : اكره على البيع فوهب كان جائزاً وكذا لو اكره على الاقرار بالف فوهبها له كان جائزاً . اكره على هبة الدار لرجل فتصدق بها عليه او اكره على التصدق فوهبها له وهو ذو رحم محرم منه او اجنبي يجوز لان الهبة غير الصدقة ولو اكره على الهبة والتسليم فوهبه على عوض وتقابضا كان جائزاً ولو اكره على هبة على عوض فباعه

ونقابضا كان باطلاً . وكذلك لو اكرهه على البيع والتقابض فوهبه على عوض ونقابضا ولو اكره على الهبة والتسليم فعوضه الموهوب له فقبله بغير اكراه كان هذا اجازة اه عن الهندية

الباب الثالث

في الشفعة وينقسم الى اربعة فصول

الفصل الاول

في مراتب الشفعة

تمهيد : لقد تقدم في المادة ٩٥٠ وشرحها ان الشفعة تملك العقار جبراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن . والان نقول ان الثمن لو كان مثلياً فعلى الشفيع مثله وان قيمياً فقيمته يوم الشرا لا وقت الاخذ بالشفعة ، فلو بيع عقار بعقار وكان لكل من العقارين شفيع ياخذ كل من الشفيعين العقار الواقع بشفعته بقيمة العقار الاخر . ولو كان الثمن مؤجلاً فلا يظهر التاجيل في حق الشفيع ، لان الاجل ثبت للمشتري بالشرط ولا شرط بين الشفيع والبائع فياخذ الشفيع بثمن حال الا انه لو اخذ الشفعة من البائع سقط الثمن عن المشتري لان البيع انفسخ في حقه وان اخذ من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فلا يتعجل الثمن على المشتري (ردمحتار) ولو سكت الشفيع عن الطلب وصبر حتى يطلب عند حلول الاجل بطلت شفعته (ملتقى) لان حقه قد ثبت ولذا كان له ان ياخذ بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (مجمع الانهر) ولكن للشفيع ان يطلب طلب المواثبة والاشهاد في الحال ويأخذ بعد الاجل (تنوير) . اقول ولا شك ان هذا مبني على القول المفتى به قبل صدور المجلة من ان الشفيع لو اخر طلب التمليك مطلقاً بعذر او بدونه شهراً او اكثر لا تبطل شفعته حتى يسقطها بلسانه خلافاً لمحمد ولكن سياتي في المادة ١٠٣٤ ترجيح قول محمد من ان الشفيع لو اخر طلب التمليك بعد الاشهاد شهراً بلا عذر شرعي يسقط حق شفعته . وهذا صريح في انه لو كان الاجل اكثر من شهر من بعد طلب الاشهاد واخر الشفيع طلب التمليك ليأخذ بعد حلول الاجل

تسقط شفعته كما لا يخفى لادنى تأمل . ثم انه اذا اختلف الشفيع والمشتري في جنس الثمن او قدره بان ادعى الاول ثمناً وادعى الثاني اكثر منه ، او ادعى الاول ان الثمن دراهم وقال الآخر انه دنانير ، فان كان ذلك قبل نقد الثمن للبائع فالقول للبائع بلا يمين ولا يلتفت لقول المشتري فياخذها الشفيع بما قال البائع (هندية) لانه ان كان الثمن كما قال فالامر ظاهر والا فهو حط والحط يظهر في حق الشفيع (طحطاوي)، وان كان ذلك بعد نقد الثمن فالقول للمشتري بيمينه لان الشفيع يدعي استحقاق المبيع عند نقد الاقل وهو ينكر، وان برهانا فالشفيع احق (تنويز) لان بينته ملزمة للمشتري بخلاف بينة المشتري لان الشفيع مخير والبينات للالزام فالاخذ ببينته اولى . ولو اشترى داراً لطفله واراد الشفيع اخذها بالشفعة واختلفا في الثمن كان القول للاب بدون يمين لان فائدة الاستحلاف الاقرار ولو اقر الاب بما ادعى الشفيع لا يصح اقراره على الصغير (خانية) واذا حط البائع بعض الثمن عن المشتري يظهر الحط في حق الشفيع سواء كان قبل قبض الثمن او بعده (مجمع الانهر) لما مرَّ في المادة ٢٦٠ من ان الحط يلتحق باصل العقد فياخذ الشفيع بالباقي او يرجع على المشتري بالزيادة لو كان قد اوفاه الثمن (رد محتار) وكذا هبة بعض الثمن الا اذا كان بعد قبضه فلا تظهر في حق الشفيع (اشباه) لانها هبة مبتدأة فكأنه وهبه مالاً اخر ، وان حط البائع كل الثمن ياخذ الشفيع بالكل اي بكل الثمن المسمى لان حط الكل لا يظهر في حق الشفيع .ولو حط النصف ثم النصف ياخذ بالنصف الاخير (ملتقى) لانه لما حط النصف الاول التحق باصل العقد فوجب عليه النصف فلما حط النصف الاخر كان حطاً للجميع فلا يظهر في حق الشفيع كما تقدم (مجمع الانهر) وكذا الزيادة في الثمن لا تظهر ايضاً في حقه وان التحقت باصل العقد كما مر في المادة المذكورة لان الشفيع استحق اخذ المبيع بالثمن المسمى قبل الزيادة فلا يملك العاقدان ابطال حقه الثابت له (درر) بخلاف الزيادة في المبيع فتظهر في حق الشفيع .ولكن هل ياخذ الزيادة مع المبيع ؟ قال في رد المحتار توقف فيه بعضهم ثم رأيت في النهاية قال ياخذ الدار بحصتها من الثمن اه ولا يخالفه ما في المجمع الملكي باع عقاراً مع العبيد والدواب تثبت الشفعة في الكل تبعاً للعقار اه لان المراد به الارض والحراثون والة الحراثة فتتحقق التبعية لوجود ما هو المقصود من الارض ولهذا صح الوقف فيها تبعاً بخلاف الجارية او المتاع مع الدار اه

ولو قضى القاضي بالشفعة للشفيع باكثر من الثمن الذي اشترى به المشتري ورضي

به الشفيع لايجوز (طحطاوي) وفي الخانية الوكيل بالبيع اذا باع الدار بالف ثم حط عن المشتري مائة من الثمن صح ويضمن قدر المحطوط للموكل ويبرأ المشتري عن المائة وياخذ الشفيع الدار بجميع الثمن لان حط الوكيل لا يلتحق باصل العقد اه

واذا قضي للشفيع بالشفعة فادى الثمن ثم استحق المبيع فان كان قد نقد الثمن للبائع فالعهدة على البائع ، وان كان قد ادى الثمن الى المشتري فالعهدة على المشتري يرجع عليه بالثمن الذي اداه اليه (تاتر خانية) ولو كان الشفيع قد بنى او غرس في المبيع ثم استحق منه فلا يرجع بقيمة الغرس والبنا على احد لانه ليس بمغرور لكونه اخذ المبيع بالشفعة جبراً على المشتري (اشباه) وفي الهندية ولو اشترى داراً بالف فزاد في الثمن الفاً فعلم الشفيع بالفين ولم يعلم بالالف فان اخذ بالفين بقضا بطلت الزيادة ولا يلزمه الا الف وان اخذها برضا كان الاخذ بمنزلة شراء مبتدأ فلم يبقَ حق الشفعة اه

﴿المادة ١٠٠٨﴾ اسباب الشفعة ثلاثة : الاول ان يكون مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك اثنين في عقار شائعاً . الثاني ان يكون خليطاً في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص

الذي لاينفذ راجع المادة ٠٩٥٦ والمراد بعدم النفاذ ان يكون الطريق بحيث يمنع اهله من ان يستطرقه غيرهم، فلو فيه مسجد فنافذ حكماً اذا كان مسجد خطة (ردمحتار) ويراد بالشرب الخاص الشرب من نهر صغير وهو على ماسيأتي في الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٩ الذي يتفرق ماؤه ُ وينقسم الى اراضي اشخاص معدودة ويمحى بانتهائه الى آخر اراضيهم ولا ينفذ الى مفازة

تنبيه : للشريك في حق الشرب الشفعة ولو كانت ارض النهر لغيره او كان الماء منقطعاً وقت البيع وهذا على قول محمد . وقال ابو حنيفة لا شفعة له كما في العلو المنهدم انظر شرح المادة ١٠١١ وظاهر ما في الخانية ترجيح قول محمد

مثلاً اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص كان اصحاب الرياض الاخر كلهم شفعاء ملاصقاً كان جوارهم او لم يكن . وكذا لو بيعت دار لها باب على طريق خاص كان اصحاب سائر البيوت

التي تفتح ابوابها على ذلك الطريق كلهم شفعاء سواء كان جوارهم ملاصقاً او لم يكن . اما اذا بيعت احدى الرياض التي تسقى من نهر ينتفع منه العموم او احدى الدور التي لها باب على الطريق العام فليس لاصحاب الرياض الاخر التي تسقى من ذلك النهر او لاصحاب الدور الاخرى التي لها ابواب على الطريق العام حق الشفعة

اما لو كانت بعض الارض تسقى من خرق متشعب من ذلك النهر فذلك كالاشتراك في الشرب الخاص (هندية)

الثالث ان يكون جاراً ملاصقاً للعقار المبيع

لا فاصل بين ملكه وبين المبيع اذ لو كان بينهما طريق نافذ فلا شفعة له وان قربت الابواب لان الطريق الفارقة تزيل الضرر (بزازية) قال طحطاوي واطلق في الجار فشمل المتعدد ، فلو كان احدهما ملاصقاً من جانب واحد والاخر ملاصقاً من ثلاثة جوانب فهما سواء اه ثم اعلم ان هذه الاسباب هي اسباب الاخذ بالشفعة . اما سبب مشروعيتها فدفع الضرر اي ضرر المشتري عن الشفيع بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب (مجمع الانهر) ولا يقال ان ما ذكر ضرر موهوم والاخذ من المشتري ضرر محقق به لانا نقول هو غالب فيرفع قبل وقوعه والا فربما لا يمكن رفعه (رد محتار)

﴿ المادة ١٠٠٩ ﴾ حق الشفعة اولاً للمشارك في نفس المبيع ، ثانياً للخليط في حق المبيع ، ثالثاً للجار الملاصق ، وما دام الاول طالباً ليس للاخرين حق الشفعة وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة

فلو كان بينهما منزل في دار لقوم فباع احدهما نصيبه منه فشريكه فيه احق ثم الشركا في الدار لانهم اقرب ، ثم الشركا في السكة ، ثم الجار الملاصق لان الشفعة لدفع الضرر الدائم . فكلما كان اخص اتصالاً كان اخص بالضرر فكان احق بها الا اذا سلم (طحطاوي ملخصاً)

✵ المادة ١٠١٠ ✵ اذا لم يكن مشارك في نفس المبيع، او كان مشارك وترك شفعته كان حق الشفعة للخليط في حق المبيع ان كان ثمّ خليط ، وان لم يكن او كان واسقط حقه كانت الشفعة في هذه الحال للجار الملاصق

هذا اذا كان الخليط اسقط حقه قبل القضا ، اما لو اسقطه بعده فلا شفعة للجار (هندية)

مثلاً اذا باع واحد عقاراً يملكه بالاستقلال ،او باع حصته الشائعة في العقار المشترك وترك المشارك حق شفعته كان حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص او الطريق الخاص ان كان هناك خليط ، وان لم يكن او كان واسقط حق شفعته كان حق الشفعة في الحالين للجار الملاصق

الا انها لا تثبت للجار الا اذا طلبها حين سمع بالبيع وان لم يكن له حق الاخذ في الحال ، اما اذا لم يطلب حتى سلم الشريك فلا شفعة له (رد محتار)

✵ المادة ١٠١١ ✵ اذا كان العلو من البنا ملك واحد والسفل ملك غيره عدّ احدهما للاخر جاراً ملاصقاً

هذا اذا لم يكن طريق العلو في السفل . قال طحطاوي : فان كانت طريقه في السفل فالشفعة بسبب الشركة في الطريق، وان في السكة العظمى فبسبب الجوار اه. وان لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو فعلى قول ابي يوسف بطلت الشفعة لان الجوار بالاتصال وقد زال كما لو باع التي يشفع بها قبل الاخذ، وعلى قول محمد تجب لانها ليست بسبب البنا بل بالقرار وحق القرار باقٍ . وان كانت ثلاثة ابيات بعضها فوق بعض وباب كل الى السكة فبيع الاوسط تثبت للاعلى والاسفل ، وان بيع الاسفل او الاعلى فالاوسط اولى (رد محتار) وفيه ثم انه انما تجري الشفعة في العلو مع انه ليس عقاراً لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار اذ حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار (زيلعي) وظاهره ترجيح قول محمد المار اه . وفي الهندية لو كان السفل لرجل والعلو لاخر فبيعت دار بجنبها فالشفعة لهما اه

﴿المادة ١٠١٢﴾ المشارك في حائط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار

فيقدم عَلَى الشريك في حقوق المبيع وعَلَى الجار الملاصق. ولكن هذا محله فيما لو كان البنا والمحل الذي عليه البنا مشتركاً، اما لو كانت الشركة في البنا فقط فلا شفعة له لان الشركة في البنا المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة (در منتقى)

اما اذا لم يكن مشاركاً في الحائط ولكن كانت اخشاب سقفه ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكا وخليطاً بمجرد وضع رؤوس اخشاب سقفه على حائط جاره

وكذا لو كان شريكاً في خشبة على الحائط لا يعد شريكاً وخليطاً بل جاراً ملاصقاً (تنوير) وفي الخانية رجل له دار فيها مقاصير باع منها مقصورة معينة او طائفة معلومة وللدار جار على جانب واحد منهما كان لهذا الجار الشفعة، وان لم يكن جاراً لتلك المقصورة ولا لتلك الطائفة لان المبيع من جملة الدار فكان جار الدار جاراً للمبيع ولو ان الشفيع سلم شفعته ثم ان المشتري باع تلك المقصورة لم يكن لجار الدار شفعة في المقصورة اذا لم يكن هو جاراً لتلك المقصورة، لان المقصورة بعد بيعها لم تبقَ من اجزاء الدار

﴿المادة ١٠١٣﴾ اذا تعدد الشفعاء فالعبرة لعدد الرؤوس لا لمقدار السهام. يعني لا اعتبار لمقدار الحصص

وذلك لانهم استووا في سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل في حق كل منهم، حتى لو انفرد واحد اخذ الكل. والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم (طحطاوي) وشمل ما لو كان المشتري احدهم وطالب معهم فيحسب واحداً منهم ويقسم المبيع بينهم (رد محتار)

مثلاً لو كان نصف الدار لواحد وثلثها لواحد وسدسها لآخر فباع صاحب النصف حصته لآخر وطالب الاخران بالشفعة، يقسم النصف

بينهما مناصفة ، وليس لصاحب الثلث ان يأخذ بالنظر لحصته اكثر من حصة الاخر

❊ المادة ١٠١٤ ❊ اذا اجتمع صنفان من الخلطا يقدم الاخص على الاعم

لان الشفعة لدفع الضرر الدائم فكلما كان اخص اتصالاً كان اخص بالضرر فيكون احق بها

مثلاً لو كان لرياض حق الشرب من خرق احدث من النهر الصغير فبيعت روضة منها مع شربها فيقدم و يرجح الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق . اما لو بيعت احدى الرياض التي لها حق الشرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق الشرب في النهر ومن له حق الشرب في خرقه . كما انه اذا بيعت دار بابها في زقاق غير نافذ متشعب من زقاق آخر غير نافذ فلا شفعة الا لمن كان باب داره في المتشعب . اما اذا بيعت دار بابها في الزقاق المتشعب منه فالشفعة لمن له حق المرور في الزقاق المتشعب والمتشعب منه

قال في الخانية دار بيعت ولها بابان في سكتين فان كانت هذه الدار منذ القديم دارين باب احداهما في سكة غير نافذة وباب الاخرى في السكة الاخرى مثلها فاشتراها رجل ورفع الحائط من بين الدارين حتى صارتا داراً واحدة فلاهل كل سكة ان يأخذ الجانب الذي كان بابه في تلك السكة وان كانت هذه الدار المبيعة في الاصل واحدة ولها بابان كانت الشفعة لاهل السكتين في جميع الدار بالسوية وانما يعتبر في هذا القديم دون الحادث اه

❊ المادة ١٠١٥ ❊ اذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط

ولم يبع حق شربها فليس للخلطا في حق شربه شفعة· وليُقَس الطريق الخاص على هذا

﴿ المادة ١٠١٦ ﴾ حق الشرب مقدم على حق الطريق· فلو بيعت روضة لها خليط فى حق الشرب الخاص وخليط في طريقها الخاص فيقدم و يرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق

وصاحب الطريق اولى من صاحب مسيل الماء اذا لم يكن موضع المسيل ملكاً له· وصورة هذا اذا بيعت دار ولرجل فيها طريق وللآخر فيها مسيل ماء ، فصاحب الطريق اولى من صاحب المسيل (هندية) وفي الخانية رجل له نصيب في نهر فهو احق بالشفعة ممن يجري النهر في ارضه اه

الفصل الثاني

في شرائط الشفعة

﴿ المادة ١٠١٧ ﴾ يشترط ان يكون المشفوع ملكاً عقارياً

سواء كان قابلاً للقسمة او لا ، فتثبت الشفعة في بيت الرحى والبئر والحمّام (در مختار)

بناءً عليه لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات

كالبنا والاشجار الا اذا بيعت تبعاً للارض كما سيأتي في المادة ١٠٢٠

وعقار الوقف والاراضي الاميرية

بخلاف الاراضي العشرية والخراجية لان ذلك لا ينافي الملك كما حققه الخير الرملي في فتاواه· ثم قال ففي كثير من الكتب ارض الخراج والعشر مملوكة يجوز بيعها وايقافها وتورث فتثبت فيها الشفعة، بخلاف الاراضي السلطانية التي تدفع مزارعة فانها لا تباع فلا شفعة فيها· فلو ادعى واضع اليد ان الارض ملكه وانه يؤدي خراجها فالقول له، وعلى من نازعه في الملكية البرهان ان صحت دعواه عليه اه· وللمحكمة

التمييز قرار مؤرخ في ٢٢ اغسطوس ٣٠٨ مؤداه انهُ لما كانت الشفعة لا تجري الا في الاراضي المملوكة كان من الواجب ان يبحث في بادئ الامر عن نوع الاراضي المطلوبة بالشفعة هل هي مملوكة او موقوفة او اميرية ، فان تبين انها من الاراضي المملوكة فيجب ان يسأل الشفيع بأي تاريخ طلب الشفعة وباية صورة طلب طلبي المواثبة والاشهاد لانهُ يلزم ان يثبت انهُ اتم شرائط الشفعة كلها (ج٠م٠عد٧٩٧)

﴿المادة ١٠١٨﴾ يشترط ان يكون المشفوع به ملكاً ايضاً

وان يكون مملوكاً للشفيع وقت عقد البيع٠ فلو اوصي لرجل بدار ولم يعلم حتى بيعت دار بجنبها ثم قبل الوصية فلا شفعة لهُ (لانه حين البيع لم يكن قد تملك الدار المشفوع بها اذ لا يملكها الا بقبوله الوصية) اما لو مات قبل ان يعلم بالوصية ثم بيعت الدار بجنبها فادعى الورثة شفعتها فلهم ذلك لان موته صار بمنزلة قبوله (هندية بزيادة ما بين القوسين) ويشترط ايضاً ان يبقى الشفيع مالكاً للمشفوع به حتى يتملك المشفوع بالقضا او الرضا وسيأتي توضيحه في المادة ١٠٣٩ وشرحها

فلو بيع ملك عقاري فلا شفعة فيه لمتولي عقار الوقف المتصل به ولا للمتصرف به

لان لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار اذ لا مالك له٠ قال في رد المحتار عن حاشية المنح ان الوقف منهُ ما لا يملك بحال فلا شفعة فيهِ لعدم صحة بيعهِ ولا له اي لا لقيمهِ ولا للموقوف عليهِ لعدم المالك ، ومنهُ ما قد يملك كما اذا كان غير محكوم بهِ فلا شفعة له لعدم المالك بل فيهِ الشفعة اذا بيع لجواز البيع اه٠ والحاصل ان حق الشفعة يبنى عَلَى صحة البيع ، فما لا يصح بيعهُ من الوقف بحال من الاحوال لا شفعة فيهِ ، وما يصح بيعهُ بحال ففيهِ الشفعة٠ واما اذا بيع عقار بجواره او كان بعض المبيع ملكاً وبعضهُ وقفاً وبيع الملك فلا شفعة للوقف ولو كان مما يصح بيعهُ اذ لا مالك له كما قدمنا

﴿المادة ١٠١٩﴾ الاشجار والابنية المملوكة الواقعة في ارض الوقف او الاراضي الاميرية هي في حكم المنقول لا تجري فيها الشفعة

وذلك لان البنا فيما ذكر ليس لهُ حق البقاء على الدوام بل هو عَلَى شرف الزوال

لما قالوا ان الارض المحتكرة اذا امتنع المحتكر من دفع اجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره . وكذا يقال في الاراضي السلطانية اذا امتنع عن دفع ما عينهُ السلطان (رد محتار) وفيه سئلت عما اذا بيعت دار فيها ارض محتكرة فهل للجار الشفعة ؟ فاجبت باني لم ارها صريحاً ولكن الظاهر ان لهُ اخذ الدار سوى تلك القطعة وما عليها من البنا بشرط ان لا يكون جواره للدار المبيعة بملاصقته لتلك القطعة آخذاً من قولهم باع ارضين صفقة واحدة ورجل شفيع لواحدة له اخذها فقط ومما سياتي في الحيل من انه لو باع عقاراً الا ذراعاً في جانب الشفيع فلا شفعة لعدم الاتصال تأمل . اه

﴿ المادة ١٠٢٠ ﴾ لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الاشجار والابنية تجري الشفعة في الاشجار والابنية ايضاً تبعاً للارض

ليس المقصود ان تباع الاشجار والابنية قصداً اذ لو دخلت في البيع تبعاً بحكم المادة ٢٣٢ فالحكم كذلك وانما المقصود ان تباع مع الارض بعقد واحد اذ لو بيع البنآ او الشجر وحده ثم بيعت الارض بعقد آخر فالشفعة في الارض فقط

اما اذا بيعت الاشجار والابنية فقط فلا تجري فيها الشفعة

الا اذا بيعت مع محلها القائمة فيه فحينئذٍ تثبت الشفعة فيها لوجود حق القرار على الدوام (رد محتار) واما لو بيعت الاشجار والابنية مع حق القرار فلا شفعة فيها خلافاً لما فهمه ابن الكمال (در منتقى) وافاده الرملي تبعاً للبزازية وغيرها وايده في الدر المختار وغيره واعتمده الطحطاوي وغيره . ومثل البنا الثمر والزرع وآلة الحراثة ، ان بيعت وحدها فلا شفعة فيها ، وان بيعت مع الارض تثبت فيها الشفعة تبعاً (رد محتار)

﴿ المادة ١٠٢١ ﴾ الشفعة لا تثبت الا بعقد البيع

البات وما في معناه من المعاوضات المالية . فلو جعلت دار بدل صلح عن جناية خطأ تجب فيها الشفعة . ولو ادعى حقاً على انسان فصالحه على دار فللشفيع اخذها سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت لزعم المدعي انها عوض حقه فيؤاخذ بزعمه . ولو ادعى عليه داراً فصالحه على دراهم فان كان عن اقرار تجب الشفعة لزعمه ملكها بعوض وان كان الصلح عن انكار او سكوت لا تجب الشفعة لزعمه في الصورة الاولى انها

لم تزل عن ملكه ولزعمه في الصورة الثانية ان ما اعطاه من الدراهم انما هو لافتداء يمينه (ملتقى وشرحه مجمع الانهر) ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي في اقامة الحجة فان اقام البينة ان الدار كانت للمدعي او حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة (هندية)

وكذا تثبت الشفعة ايضاً فيما سلمت شفعته ثم ردّ بالاقالة او بخيار العيب بعد القبض بلا قضا لان الاقالة والرد بالعيب برضا وان كانا فسخاً في حق العاقدين لولايتهما على انفسهما ولكونهما قصداً الفسخ الا انها بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالتراضي والشفيع ثالث . الا انه يشترط في الاقالة ان تكون بلفظ الاقالة فلو بلفظ مفاسخة او متاركة او تراد لا تكون بيعاً جديداً اتفاقاً . وقيدنا الرد بالعيب بكونه بعد القبض و بلا قضا اذ لو كان قبل القبض او بقضا فهو فسخ في حق الكل فلا تثبت فيه الشفعة كما لا تثبت ايضاً فيما سلمت شفعتهُ ثم رد بخيار رؤية او شرط لان الرد بهما فسخ من كل وجه (رد محتار ملخصاً)

تتمة : اذا اخرج المشتري المبيع عن ملكه قبل اخذه بالشفعة لا يسقط بذلك حق الشفيع . قال في الهندية اشترى داراً بالف وباعها لاخر بالفين ثم حضر الشفيع واراد اخذها بالبيع الاول ، قال ابو يوسف ياخذها من ذي اليد بالالف و يقال له اطلب بائعك بالف اخرى ، وعندهما يشترط حضرة المشتري الاول ، وان طلب بالبيع الثاني لا يشترط حضرة الاول اتفاقاً . ولو لم يعلم الشفيع بالبيع الاول فطلب الشفعة بالبيع الثاني واخذها بقضا او برضا ثم علم بالبيع الاول فليس له ان ينقض ما اخذه وبطلت شفعته بالبيع الاول اه

المادة ١٠٢٢ الهبة بشرط العوض في حكم البيع

اي اذا كان العوض مشروطاً في العقد . وصورته ان يقول وهبت هذا لك على ان تعوضني كذا . اما لو كانت الهبة بدون شرط العوض ثم عوضه بعدها فلا شفعة (خانية)

فلو وهب من آخر داره المملوكة بشرط العوض وسلمه اياها كان لجارها الملاصق حق الشفعة

الا انه لا يثبت له حق الطلب الا وقت التقابض من الجانبين ، فلو قبض احد العوضين فلا شفعة لان الهبة برٌ ابتداء وبمنزلة البيع اذا اتصل بها القبض من الجانبين

(در مختار) حتى لو سلم الشفيع شفعته بعد قبض احد العوضين فتسليمه باطل،فاذا قبض العوض الاخر كان له ان ياخذ الدار بالشفعة (در مختار)

﴿ المادة ١٠٢٣ ﴾ لا تجري الشفعة في عقار ملك لآخر بلا بدل كما لو تملك واحد عقاراً بهبة بلا شرط العوض او بميراث او وصية

﴿ المادة ١٠٢٤ ﴾ يشترط ان لا يكون للشفيع رضى صراحة او دلالة بعقد البيع الواقع فاذا سمع بعقد البيع وقال هو مناسب سقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك ، وكذا اذا طلب بعد سماعه بالبيع شراء العقار المشفوع اواستئجاره من المشتري سقط حق شفعته، وكذلك اذا كان وكيلاً للبائع فليس له حق الشفعة في العقار الذي باعه بوكالته

لانهُ يكون حينئذ ساعياً في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه راجع المادة ١٠٠ ٠ولو اشترى رجلان داراً واحدهما شفيع فلا شفعة له فيما صار لشريكه لان شراء الشريك لا يتم بدون قبول الشفيع البيع لنفسه (خانية) وكذا لا شفعة لمن باع اصالة او بيع له (ملتقى) صورة الاول ان يبيع عقاراً له مجاوراً لعقار اخر له وللمبيع جار طلب الشفعة لا يشاركه البائع فيها (رد محتار) ويمكن ان يمثل له ايضاً بان يبيع نصف داره وللدار جار ملاصق طلب الشفعة فليس للبائع ان يزاحمه عليها٠وصورة الثاني بان باع المضارب دار المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان البيع له (مجمع الانهر) وكذا لا شفعة ايضاً لمن ضمن الدرك او كفل البائع بالثمن لان ضمانه للدرك وكفالته للثمن تقرير للبيع (درر) وفي الخانية رجل باع داراً وهي في اجارة الغير والمستأجر شفيعها توقف البيع على اجازة المستاجر ،فان اجازه كان له ان ياخذ الدار بالشفعة وهذا بخلاف ما لو كفل الشفيع بالثمن او بالدرك حيث تبطل شفعته٠ولو ان المستأجر لم يجز البيع ولكنه طلب الشفعة كان طلب الشفعة فسخاً للاجارة وهو على شفعته اه٠وحاصله ان للمستأجر الشفعة سواء اجاز البيع صريحاً او ضمناً٠وفي الدر المختار والاصل ان الشفعة تبطل باظهار الرغبة عنها لا فيها اه ٠ وخرج بقوله لا فيها ما قالوا من ثبوت الشفعة لمن شرى اصالة او وكالة او اشتري له بالوكالة (تنوير وغيره)

فيتفرع على قوله لمن شرى اصالة او وكالة ما لو شرى الاب عقاراً لطفله فتثبت له الشفعة « در مختار » وما لو باع احد الشريكين في الدار حصته منها للشريك الاخر فاشترى لنفسه او لغيره بالوكالة فجاء ثالث وطلب الشفعة فان كان شريكاً قسمت بينه وبين المشتري وان كان جاراً فلا شفعة له مع وجود المشتري لانه شريك (رد محتار) ويتفرع عَلَى قوله او اشتري له ما او وكل رجلاً بشراء دار وكان الموكل شريكاً والدار شريك اخر فلهما الشفعة ولو كان الموكل شريكاً وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده (در مختار) ويتفرع عليه ايضاً ما لو اشترى المضاربة بمال المضارب داراً ورب المال شفيعها كان له الشفعة « مجمع الانهر »

تنبيه : الوكيل بالشراء لو كان شفيعاً يجب عليه ان يطلب الشفعة من الموكل بخلاف المشتري بالاصالة فانه لا يحتاج الى الطلب « خانية »

والحاصل ان الشفعة تبطل بالاعراض فيبطلها تسليم الشفيع بعد البيع لا قبله كل المبيع او بعضه، اما تسليمه الكل فلانه صريح في الاسقاط، واما تسليم البعض فلان حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً لان الشفيع يملكه كما ملكه المشتري والمشتري لا يملك البعض لانه تفريق الصفقة فلا يتجزأ اسقاطاً فيكون ذكر بعضه كذكر كله «مجمع الانهر» راجع المادة ٦٣ ٠ولو سلمها الوكيل بطلب الشفعة او اقر على الموكل بتسليمه الشفعة صح لو كان التسليم والاقرار عند القاضي « تنوير » والا لم يصح لكنه يخرج من الخصومة « در مختار » ويبطلها ايضاً بيع الشفيع شفعته بمال « ملتقى» لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفيع لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط مجازاً فتسقط الشفعة ولا يلزم المال « مجمع الانهر »واما صلح الشفيع عن شفعته فعلى ثلاثة اوجه في وجه يصح وهو ان يصالح عَلَى اخذ نصف الدار بنصف الثمن ، وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته وهو ان يصالح على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة، وفي وجه تبطل الشفعة ولا يجب المال وهو ان يصالح على ان يترك شفعته بمال ياخذه من المشتري فتبطل شفعته لوجود الاعراض عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال (انقروي عن النهاية) ٠ولو اخذ المال فعليه رده لانه رشوة (تنوير) ٠وانما يبطل الصلح ولا يجب المال في الصورة الاخيرة لان الشفعة ليست بحق متقرر في المحل بل هي مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشروط فبالفاسد

اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط (رد محتار)٠ و يبطل الشفعة ايضاً شراء الشفيع من المشتري (تنوير) لان اقدامه عَلَى الشرا اعراض عن الطلب وبه تبطل الشفعة (منح) فلمن دونه او مثله اخذ المبيع منه بالشفعة بالعقد الاول او الثاني بخلاف ما لو اشتراها ابتداء حيث لا شفعة لمن دونه بل يكون له وان هو مثله (در مختار) لانه اذا اشتراها ابتداءً اي قبل ان يثبت له حق الاخذ لم يتضمن اعراضاً لاقباله على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما اشتراها لعدم التمكن من اخذها بطريق اخر (رد محتار)٠ و يبطلها ايضاً الابراء العام من الشفيع سواء علم انه وجبت له الشفعة او لا (اشباه)

تتمة : لو قيل للشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل او ببر او شعير او عددي متقارب قيمته الف او اكثر او اقل فله الشفعة لان التسليم كان لاستكثار الثمن في الاول ولعدم قدرته على الدراهم في الثاني٠ فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا عَلَى تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة تختلف باختلاف الثمن قدراً وجنساً فاذا سلم عَلَى بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها٠ ولو بان انها بيعت بدنانير او بعروض قيمتها الف فلا شفعة له ، والفرق بين العروض و بين البر والشعير والعددي المتقارب ان العرض قيمي والواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فلا يظهر فيه التيسير، وذاك مثلي يؤخذ بمثله فربما يسهل عليه لعدم قدرته عَلَى الدراهم واما الفرق في مسالة الدنانير ان الدنانير والدراهم جنس واحد في المقصود وهو الثمنية ومبادلة احدهما بالاخر متيسرة عادة٠ ولو علم الشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم حط البائع مائة او زاد على المبيع شيئاً فله الشفعة سواء كان الحط بعد الاخذ بالشفعة او قبله ولو علم الشفيع ان المشتري زيد فسلم ثم بان انه بكر فله الشفعة لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليماً في حق غيره٠ ولو علم ان المشتري زيد فسلم ثم ظهر انه هو مع غيره فله اخذ نصيب غيره لعدم التسليم في حقه٠ ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطاً للكل٠ ولو اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف فان كان ثمن النصف مثل ثمن الكل كما اذا اخبر بشراء الكل بالالف فسلم ثم ظهر انه اشترى النصف بالالف فلا شفعة للشفيع٠ اما لو ظهر انه اشترى النصف بخمسمائة

مثلاً اي باقل من ثمن الكل فهو على شفعته · ولو كان له دعوى في رقبة الدار وشفعة فيها يقول هذه الدار داري وانا ادعيها فان وصلت الي فبها والا فانا على شفعتي لانه لو ادعى رقبتها فقط تبطل شفعته ، واذا ادعى الشفعة تبطل دعواه في الرقبة لانه يصير متناقضاً فاذا قال ذلك لا يتحقق السكوت عن طلب الشفعة لان الجملة كلام واحد اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار · وفي الاشباه تعليق ابطال الشفعة بالشرط جائز اه · فلو قال سلمتها ان كنت اشتريت لاجل نفسك فان كان اشترى لغيره لا تبطل لانه اسقاط والاسقاط يحتمل التعليق (حموي)

﴿المادة ١٠٢٥﴾ يشترط ان يكون البدل مالاً معلوم المقدار

لان جهالة الثمن تمنع الشفعة (درر) فلو اشترى عقاراً بدراهم معلومة بالاشارة ومجهولة المقدار فلا شفعة فيها كما سنوضحه في اخر هذا الباب

فلا تجري الشفعة في العقار الذي ملك ببدل هو غير ما[illegible]

مثلاً لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت بدل اجرة الحمام لا[illegible]

الدار هنا ليس بمال وانما هي الاجرة التي هي من قبيل المنافع

تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلاً عن المهر

وكذا لا شفعة في دار جعله بدل صلح عن دم عمد لان بدل الا[illegible]

الصلح و بدل المهر ليست باموال ولا مثل لها حتى ياخذ الشفيع به لان تقو[illegible] في الاجارة لضرورة الحاجة و كذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما يثبت للضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا يكون متقوماً في حق الشفعة (مجمع الانهر) ثم اعلم انه لو جعل الدار بدل مهر المثل او بدل المهر المسمى عند العقد او بعده تثبت فيها الشفعة لانه حينئذٍ مبادلة مال بمال اذ ان ما اعطاه من العقار بدل عما في ذمته من المهر (طحطاوي)

﴿المادة ١٠٢٦﴾ يشترط ان يزول ملك البائع عن المبيع وبناءً عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد

سواء قبض المبيع او لا ، اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع ، واما بعده فلاحتمال

الفسخ لان لكل واحد من المتبايعين سبيلاً من فسخه (مجمع الانهر)

ما لم يسقط حق استرداد البائع

مفاده انه يكفي سقوط حق البائع فلو بقي حق المشتري فذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة لان الشرط زوال ملك البائع فان سقط حقهُ بالفسخ زال ملكه وتجب الشفعة وعلى هذا لو بنى المشتري في الارض المبيعة فاسداً او اخرجها عن ملكه بالبيع او الهبة يثبت حق الشفعة فان باعها فللشفيع اخذها بالبيع الثاني بالثمن او بالبيع الاول بقيمتها لانها الواجبة فيه (رد محتار)

تنبيه : يجب على الشفيع ان يطلب الشفعة في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقاً (تنوير)

وفي البيع بشرط الخيار انما تجري الشفعة اذا كان المخير المشتري فقط ،وان كان المخير البائع فلا تجري الشفعة

وكذا لا شفعة ايضاً اذا كان الخيار لهما لانه اذا كان الخيار للبائع او لهما لا يخرج المبيع عن ملك البائع بخلاف خيار المشتري كما مر في المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩

ما لم يسقط حق خياره

وهل يجب على الشفيع ان يطلب عند سقوط الخيار او عند البيع ؟ فيه خلاف فصحح بعضهم الاول وصحح غيرهم الثاني وعلى الاول مشى اصحاب التنوير والهداية والجوهرة والدرر والمنح واقره شراح الهداية لان البيع يصير سبباً لزوال الملك عند سقوط الخيار ، وعلى الثاني مشى صاحب الظهيرية حيث قال يشترط الطلب والاشهاد عند البيع حتى لو لم يطلب ولم يشهد عند البيع ثم جاز البيع بالاجازة او بمضي مدة الخيار فلا شفعة له في ظاهر الرواية ونظيره . الدار اذا بيعت ولها جار وشريك فالشفعة للشريك لا للجار ولكن مع هذا يشترط الطلب من الجار عند البيع بخلاف بيع الفضولي فان الطلب عند اجازة المالك والفرق ان البيع بالخيار عقد تام الا ترى انه يعمل من غير اجازة احد ولا كذلك عقد الفضولي فقد ظهر تصحيح كل من القولين ولكن ان ثبت ان الثاني ظاهر الرواية فلا يعدل عنه (رد محتار ملخصاً) اما اذا كان الخيار للمشتري فالطلب وقت البيع اتفاقاً (در مختار)

واما خيار العيب وخيار الرؤية فليسا بمانعين لثبوت الشفعة

﴿ المادة ١٠٢٧ ﴾ لا تجري الشفعة في تقسيم العقار فلو اقتسم الشركاء داراً مشتركة فلا شفعة للجار الملاصق

لان في القسمة معنى الافراز ولذا يجري فيها الجبر، والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه (طحطاوي)

الفصل الثالث

في طلب الشفعة

﴿ المادة ١٠٢٨ ﴾ يلزم في الشفعة ثلاثة طلبات : وهي طلب المواثبة، وطلب التقرير والاشهاد ،وطلب الخصومة والتملك

﴿ المادة ١٠٢٩ ﴾ يلزم الشفيع ان يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله انا شفيع المبيع او اطلبه بالشفعة ويقال لهذا الطلب طلب المواثبة

والمراد ان الشفيع يطلب الشفعة في مجلس علمه بالبيع بلفظ يفهم منه طلبها. وهل يشترط الطلب فور العلم او يكفي ان يكون في مجلس علمه بالبيع وان امتد المجلس؟ فيه خلاف والى الاول مال قاضيخان حيث قال في فتاواه وفي ظاهر الرواية يشترط الطلب فور العلم . وقال قبل ذلك واما طلب المواثبة فوقت فور علم الشفيع بالبيع ان اخبره بالبيع رجلان او رجل وامرأتان او رجل عدل حتى لو سكت هنيهة ولم يطلب الشفعة بطلت شفعته اه ولكن هذا اذا علم المشتري والثمن لانه قال في موضع اخر ولو اخبر بها فسكت قالوا لا تبطل شفعته ما لم يعلم المشتري والثمن اه وفي جواهر الفتاوى ما يؤيده حيث صرح بوجوب الطلب على الفور وان عليه الفتوى . قال في رد المحتار وهذا القول مناسب لتسميته طلب المواثبة وظاهر الهداية اختياره ونسبه الى عامة المشايخ قال في الشرنبلالية وهو ظاهر الرواية حتى لو سكت هينة بغير عذر ولم يطلب اوتكلم

بكلام لغو بطلت شفعته كما في الخانية والزيلعي وشرح المجمع اه. ومال الى القول الثاني صاحب الدرر وقال وعليه المتون خلافًا لما في جواهر الفتاوى انه على الفور اه والحاصل انه قد اختلف التصحيح في ذلك ولكن قول جواهر الفتاوى وعليه الفتوى ترجيح صريح مع كونه ظاهر الرواية فيقدم على ترجيح المتون بمشيهم على خلافه، لانه ضمني (رد محتار). اقول واما جمعية المجلة فلم ترجح صريحًا احد القولين ولكن يستفاد من لفظة في الحال الواردة في متن هذه المادة اختيار القول الاول تبعًا للخانية وجواهر الفتاوى ولكن سيأتي في المادة ١٠٣٢ مايستفاد منه اختيار القول الثاني ولكن ترجيح الاول اصرح فتنبه

وفي الخانية واختلفوا في لفظ هذا الطلب (اي طلب المواثبة) والصحيح انه اذا طلب باي لفظ طلب بالماضي او بالمستقبل يصح طلبه وهو اختيار ابي جعفر وابي الليث ومحمد بن الفضل اه

تتمة : اعلم ان الاشهاد عَلَى طلب المواثبة ليس بلازم لان هذا الطلب ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة (هندية) ولكن ان اخبر بحضرة الشهود فالاحسن ان يشهدهم عليه مخافة الجحود لانه اذا قال علمت امس وطلبت لا يصدق بقوله بل عليه اقامة البينة لانه اضاف الطلب الى وقت ماض فقد حكى ما لا يملك استئنافه للحال فلا يصدق الا ببينة ، اما لو قال طلبت حين علمت فالقول قوله بيمينه لانه لم يضف الطلب الى وقت ماض بل اطلق الكلام فقد حكى ما يملك استئنافه للحال لانه يجعل كانه علم بالشراء الان وطلب الشفعة الان فجعل القول قوله وهذا يدل على ان الاصل في الصورة الثانية ان يقيم المشتري البينة اما بان يقول للشفيع تركت الطلب ليكون صورة الاثبات او يقول ما طلبت لانه وان كان نفيًا ظاهرًا لكنه نفي محصور فيكون في حكم الاثبات كما تقرر في الاصول وعلى التقديرين ان اقام البينة تقبل والا يحلف الشفيع بانه لم يترك او طلب وان لم يكن للمشتري بينة على تركه واقام الشفيع بينة على طلبه تقبل وان كان لهما بينة ترجح بينة المشتري لان الشفيع يتمسك بالظاهر ولهذا كان القول قوله ولم يكلف باقامة البينة بخلاف قوله علمت امس وطلبت (درر ملخصًا)

﴿ المادة ١٠٣٠ ﴾ على الشفيع بعد طلب المواثبة ان يُشهد و يطلب طلب التقرير والاشهاد

وهذا الطلب لا بد منه بعد طلب المواثبة حتى لو تمكن ولو بكتاب او رسول ولم يشهد بطلت شفعته كما سيأتي في المادة ١٠٣٣ وان لم يتمكن منه لا تبطل (تنوير) ولو اشهد في طلب المواثبة عند البائع او المشتري او المبيع كفاه وقام مقام الطلبين (در مختار) ومدة هذا الطلب ليست على الفور كطلب المواثبة بل هي مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد كما سيأتي

وهو ان يقول في حضور رجلين او رجل وامرأتين عند المبيع ان فلاناً قد اشترى هذا العقار، او عند المشتري انت قد اشتريت العقار الفلاني، او عند البائع ان كان العقار موجوداً في يده انت قد بعت عقارك وانا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والان اطلبها ، اشهدا

وانما صح الاشهاد على هؤلاء الثلاثة لان المشتري خصم بالملك والبائع خصم باليد واما عند العقار فلتعلق الحق به (طحطاوي) وان لم يكن العقار في يد البائع بل كان قد سلمه الى المشتري فلا يصح الاشهاد عليه على ما اختاره الاكثرون وعليه جرت جمعية المجلة اذ قيدت جواز الاشهاد على البائع فيما اذا كان العقار في يده ومفاده انه لو اشهد عليه ولم يكن ذا يد لا يصح الاشهاد خلافاً لما ذكره طحطاوي عن شيخ الاسلام: ولكن هل تبطل شفعته بذلك ظاهر كلامهم لا كما يظهر مما سنذكره في شرح المادة الاتية بانه اذا لم يقبض المشتري الدار لا تصح دعوى الشفيع عليه ما لم يحضر البائع ولكن يمكن ان يقال بالبطلان قياساً على مسالة الوكيل بالشرا الاتية ولما في الخانية من انه لو اشهد على البائع ولم تكن الدار في يده لا يصح الاشهاد ويصير كانه لم يطلب اه. واما الاشهاد على المشتري فيصح وان لم يكن ذا يد لانه مالك (در مختار) وفي التنوير ويصح الطلب من وكيل الشرا ان لم يسلم الى موكله وان سلم لا و بطلت شفعته هو المختار اه ولعل البطلان ان الوكيل بعد التسليم لم يبقَ خصماً وانما الخصم هو الموكل فصار مؤخراً للطلب بطلبه من غير خصم مع القدرة عَلَى الطلب من الخصم (در مختار) ومفاده تأييد ما قدمنا من بطلان الشفعة فيما لو طلب من البائع بعد

تسليم المبيع للمشتري وفي الخانية وان كان المتبايعان والشفيع والدار في مصر والدار في يد البائع فالى ايهم ذهب الشفيع وطلب صح ولا يعتبر فيه الاقرب والابعد لان المصر مع تباعد الاطراف كمكان واحد الا ان يجتاز عَلَى الاقرب ولم يطلب فتبطل وان كان الشفيع وحده في مصر آخر فالى ايهم ذهب صح وان كان احد المتبايعين في مصر الشفيع فطلب من الابعد بطلت اه ملخصاً

وليس الاشهاد بشرط في طلب التقرير لصحته بدونه وانما لزومهُ مخافة جحود المشتري فان طلب الشفيع ولم يشهد فاقر به المشتري او نكل عن اليمين صح الطلب (حامدية)

وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بنفسه على هذا الوجه يوكل اخر وان لم يجد وكيلاً ارسل مكتوباً

واذا اراد ان يحضر بنفسه ليطلب طلب التقرير والاشهاد فمدة السفر معفاة (حيدر افندي عن البهجة)

﴿ المادة ١٠٣١ ﴾ يلزم ان يطلب ويدعي الشفيع في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والاشهاد ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك

وصورة هذا الطلب ان يقول الشفيع اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا فمره يسلم الدار اليَّ وهذا لو كان قد قبضها المشتري ، اما لو كانت في يد البائع فيطلب ان يامر البائع بتسليمها غير انه يشترط حينئذٍ حضور المشتري في الدعوى (تنوير) وان كان المشتري قد ادى الثمن الى البائع فيقضي بالثمن للمشتري والعهدة عليه والا فيقضى به للبائع والعهدة عليه (هندية) والمراد بالعهدة حقوق العقد كضمان الدرك وتسليم العقار والصك القديم (طحطاوي) وان اشترى الوكيل بالشرآ والعقار باقٍ في يده فهو الخصم في الدعوى لان حقوق العقد له والتسليم بالشفعة منها ولكنه يشترط حضور المشتري فيقضي بتسليم المشفوع على الوكيل وبدفع الثمن له (مجمع الانهر)

تنبيه : لو طلب الشفيع عند القاضي قبل طلب الاشهاد تبطل شفعته (خيرية)

واذا طلب الشفيع الشفعة يسأله القاضي عن موضع الدار وحدودها لدعواه فيها حقاً فلا بد من العلم ثم هل قبض المشتري الدار اولا اذ لو لم يقبض لا تصح دعواه عليه ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع به فلعل دعواه بسبب

غير صالح او هو محجوب بغيره ثم متى علم وكيف صنع فلعله طال الزمان او اعرض ثم عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد فاذا بين ولم يخل بشرط اتم القاضي دعواه واقبل على الخصم فسأله عن مالكية الشفيع لما يشفع به (طحطاوي) فاذا اقر بها او برهن الشفيع (بان شهد شاهداه انها ملكه قبل ان يشتري المشتري هذا العقار وهي له الى هذه الساعة ولم نعلم انها خرجت عن ملكه فلو قال انها لهذا الجار لا يكفي (هندية) او نكل المشتري عن الحلف على العلم لانها يمين على فعل الغير ساله عن الشرا هل اشتريت ام لا ليثبت كونه خصماً ام لا فان اقر به او برهن الشفيع او نكل المشتري عن اليمين عَلَى الحاصل في شفعة الخليط او على السبب في شفعة الجوار قضي بالشفعة للشفيع وان لم يحضر الثمن وقت الدعوى (تنوير) وانما يحلف على الحاصل في شفعة الخليط لان ثبوت الشفعة فيه متفق عليه فيقول بالله ما استحق الشفيع في هذا العقار الشفعة من الوجه الذي ذكره ويحلف على السبب في شفعة الجوار للخلاف عليها بين الحنفية والشافعية فيقول بالله ما اشتريت هذه الدار لانه لو حلف فيه على الحاصل يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي (رد محتار) ثم انه اذا قضي بالشفعة لزم الشفيع احضار الثمن وللمشتري حبس المبيع لقبض ثمنه ولو قيل للشتري بعد القضا ادِ الثمن فاخر بان قال ليس عندي الثمن او احضره غداً وما اشبه ذلك لا تبطل شفعته بالاجماع (تنوير) لتاكدها بالقضا وان قال ذلك قبل القضا تبطل عند محمد لعدم التاكد (رد محتار)

﴿ المادة ١٠٣٢ ﴾ ان اخر الشفيع طلب المواثبة

بطلت شفعته ولو كان جاهلاً ثبوت الطلب له قال في الخانية رجلان ورثا اجمة واحدهما لم يعلم بالميراث فبيعت اجمة بجنبها فلم يطلب الشفعة فلما علم ان له نصيباً طلب الشفعة في المبيعة قالوا تبطل شفعته لان شرط تاكد الشفعة طلب المواثبة عند العلم بالبيع فاذا لم يطلب والجهل ليس بعذر فلا تبقى له الشفعة اه

مثلاً لو وجد في حال تدل على الاعراض حال سماعه بعقد البيع ولم يطلب الشفعة في ذلك المجلس بان اشتغل بامر آخر وبحث في صدد آخر او قام من المجلس بدون ان يطلب الشفعة يسقط حق شفعته



يستفاد من قوله « حال سماعه بعقد البيع » ما يؤيد ما مر في المادة ١٠٢٩ من وجوب الطلب فوراً وعلى هذا كان قوله في ذلك المجلس لا محل له. حتى لو اخبر عن الشفعة بكتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرأ الكتابة الى اخره بطلت شفعته «درر» وهذا كله اذا سكت بدون عذر كما لو اخذ احد فمه او سمع بالبيع وهو يصلي فطلب الشفعة حال زوال العذر فلا تسقط شفعته (فتح المدين) اما سلام الشفيع عَلَى غير المشتري فيبطلها ولو عليه لا كما لو سبح او حمدل او حوقل او شمت عاطساً (تاترخانية) وفي الخانية اذا علم الشفيع بالبيع فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها او قال سبحان الله لا تبطل شفعته وكذا لو قال للمشتري حين لقيه سلام عليك ورحمة الله وبركاته طلبت الشفعة او قال كيف اصبحت او كيف امسيت ثم طلب الشفعة صح طلبه واما لو سلم عَلَى غير المشتري اوسأل المشتري شيئاً من الحوائج ثم طلب تبطل شفعته والفرق ان الشفيع محتاج الى الكلام مع المشتري فكان محتاجاً الى السلام عليه لان الكلام قبل السلام مكروه اه ملخصاً وفيها لو قيل للشفيع ابتيعت دار كذا فقال من اشتراها او قال بكم اشتراها فلما اخبر بذلك قال طلبت الشفعة صح طلبه اه ولو قال الشفيع طلبت فور علمي بالبيع وقال المشتري بل اخرت الطلب فالبينة على الشفيع عند الامام الاعظم وعلى المشتري عند ابي يوسف (هندية)

✻ المادة ١٠٣٣ ✻ لو اخر الشفيع طلب التقرير والاشهاد مدة يمكن اجرآوه فيها ولو بارسال مكتوب يسقط حق شفعته

هذا ظاهر في انه ليس لطلب الاشهاد مدة معلومة بل مدته مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد كما افاده طحطاوي وغيره ثم قال وفي المنح اذا كان الشفيع في طريق مكة فطلب طلب المواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار او عند صاحب اليد يوكل وكيلاً ان وجد فان لم يجد يرسل رسولاً او كتاباً فان لم يجد فهو على شفعته فاذا حضر طلب وان وجد ولم يفعل بطلت شفعته اه وفي الهندية الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان اشهد حين اصبح صح اه

✻ المادة ١٠٣٤ ✻ لو اخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير

والاشهاد شهراً بدون عذر شرعي كوجوده في ديار اخرى يسقط حق شفعته

هذا على قول الامام محمد وبه اخذ عامة المشايخ دفعاً للضرر عن المشتري لانه لو لم يسقط حق الشفعة بتأخير هذا الطلب اكثر من شهر للحق المشتري ضرر من جهة الشفيع لانه يمتنع عن التصرف بملكه خشية ان يأخذه الشفيع وينقض تصرفاته فيه (طحطاوي) . لان للشفيع ان ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة والهبة (تنوير) واما لو اخر الشفيع طلب الخصومة لعذر كمرض او سفر او حبس ولم يجد من يوكل بالخصومة اولعدم قاضٍ يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط شفعته اتفاقاً وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره (طحطاوي وخانية)

✵ المادة ١٠٣٥ ✵ يطلب شفعة المحجورين وليهم .

فيطلب الشفعة عن الصغير ابوه او جده او وصي احدهما راجع المادة ٩٧٤ . وان لم يكن للصبي ولي او وصي لا تبطل شفعته فله ان يطلبها اذا بلغ (طحطاوي) وان نصب القاضي قيماً يطلبها جاز (در مختار) وفي الخانية لو باع الاب داره وولده الصغير شفيعها كان للصبي ان يأخذها بالشفعة اذا بلغ اذ ليس للوالد ان يطلب الشفعة لولده لانه بائع اه

وان لم يطلب الولي حق شفعة الصغير فلا يبقى له ان يطلب حق الشفعة بعد البلوغ

ولو اشترى الاب داراً لنفسه وولده الصغير شفيعها ليس للصبي اذا بلغ ان يأخذها بالشفعة (خانية) لان الاب كان متمكناً من اخذها بالشفعة لكون الشرا لا ينافي الاخذ بالشفعة بخلاف ما لو باع الاب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الاب الشفعة للصغير لا تبطل شفعته لان الاب هنا لا يتمكن من الاخذ بالشفعة لكونه بائعاً وسكوت من لا يملك الاخذ لا يكون مبطلاً (هندية) . وفي الدرر والغرر وصح للاب او الوصي تسليم الشفعة على الصغير لانه ترك للتجارة فصح ممن يملك التجارة وكذا اذا بلغهما شراء دار بجوار الصبي فسكتا فان السكوت عن الطلب ممن يملك

التسليم تسليم اهـ. قلت وهذا على قول الامامين فانهما اجازا التسليم مطلقاً اي سواء كان في مجلس القاضي او غيره (هندية) وسواء كان الثمن بمثل القيمة او اقل وقد خالفهما محمد في ذلك حيث ابطل التسليم وجعل للصغير اخذها بعد البلوغ وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار الصبي فسكتا (رد محتار) لكن عامة المتون على قول الامامين وعليه جرت المجلة واما لو كان الثمن باكثر من القيمة بغبن فاحش قيل يصح التسليم اتفاقاً لتمحضه نظراً للصبي وقيل لا يصح لانه اي الاب او الوصي لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وهو الاصح (طحطاوي) اي لما كان الاب والوصي لا يملكان الاخذ بالشفعة اذا كان في الثمن غبن فاحش (در منتقى) لم يصح تسليمهما فللصغير طلب الشفعة بعد بلوغه

استطراد : شرى الاب لطفله داراً والاب شفيعها كان للاب ان يأخذها بالشفعة لانه لو اشترى مال ولده الصغير لنفسه جاز واذا اراد ان ياخذ ويطلب يقول اشتريت واخذت بالشفعة فتصير الدار له ولا يحتاج الى القضا (خانية) ولو كان مكان الاب وصي فان كان في اخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة للصغير بان وقع الشراء بغبن واو يسير كما لو كانت قيمة الدار عشرة وقد اشترى الوصي باحد عشر جاز اخذه بالشفعة كما في شرائه مال الصغير لنفسه وان لم يكن في اخذ الوصي بالشفعة منفعة للصبي بان وقع شراء الدار للصغير بمثل القيمة لا يكون للوصي الشفعة بالاتفاق ومتى كان للوصي ولاية الاخذ يقول اشتريت وطلبت الشفعة ثم يرفع الامر الى القاضي حتى ينصب قيماً عن الصبي فيأخذ الوصي منه بالشفعة ويسلم الثمن اليه ثم القيم يسلم الثمن الى الوصي (هندية ملخصاً) وفيها الحمل في استحقاق الشفعة والكبير سواء فان وضعت لاقل من ستة اشهر منذ وقع الشرا فله الشفعة وان جاءت به لستة اشهر فصاعداً منذ وقع الشرا فانه لا شفعة له لانه لم يثبت وجوده وقت البيع لا حقيقةً ولا حكماً الا ان يكون ابوه مات قبل البيع وورث الحمل منه فحينئذٍ يستحق الشفعة وان جاءت امه به لستة اشهر فصاعداً لان وجوده وقت البيع ثابت حكماً لما ورث من ابيه اهـ

الفصل الرابع

في حكم الشفعة

﴿المادة ١٠٣٦﴾ يصير الشفيع مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم

اما مجرد الطلب فلا يفيد الملك للشفيع لان ملك المشتري ثمَّ فلا ينتقل عنه الا بالقضا او الاخذ بالرضا كالرجوع بالهبة ولهذا لو اكل المشتري ثمراً حدث بعد قبضه لا يضمنه (رد محتار) واذا قضى القاضي بالشفعة فالعهدة لضمان الثمن عند الاستحقاق عَلَى البائع قبل تسليم المبيع الى المشتري وعلى المشتري لو بعد التسليم(تنوير) راجع ما قدمناه اول باب الشفعة وفي شرح المادة ١٠٣١

استطراد : لو اشترى داراً فخربت او احترق بناؤها او بستاناً فجف شجره وكل ذلك بلا فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء ترك وان شاء اخذ المبيع بكل الثمن لان البنا والغرس تابع دخلاً في البيع بلا ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن الا ان يكونا مقصودين بالاتلاف هذا اذا لم يبقَ شيء من نقض او خشب فاذا بقي واخذه المشتري لانفصاله من الارض تسقط حصته من الثمن حيث لم يكن تبعاً للارض بل هو عين مال قائم بقي محتبساً عند المشتري فيقسم الثمن عَلَى قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ ولو لم يأخذ المشتري النقض او الخشب بل هلك بعد انفصاله من الارض لم يسقط شيء من الثمن كما في المسألة الاولى . اما لو نقض المشتري البنا او قطع الشجر او فعل ذلك اجنبي فللشفيع ان يترك او يأخذ بحصة العرصة من الثمن وتسقط حصة البنا والشجر لانهما صارا مقصودين بالاتلاف فيقابلهما شيء من الثمن بخلاف المسألة الاولى لان الهلاك فيها بآفة سماوية ويقسم الثمن على قيمة العرصة والبنا يوم العقد والنقض يبقى للمشتري وليس للشفيع اخذه لزوال التبعية بانفصاله وان اشترى ارضاً فيها نخل عليه ثمر وقت البيع وذكر الثمر او اشتراها ولم يكن النخيل مثمراً بل اثمر عنده فللشفيع ان يأخذ الارض والثمر بكل الثمن في الصورتين . ولو جذ المشتري الثمر فليس للشفيع اخذه لزوال التبعية بانفصاله . لكن في الصورة الاولى وهي

ما اذا كانت الاشجار مثمرة وقت البيع يسقط حصة الثمر من الثمن لانه دخل في البيع قصداً وكان له قسط من الثمن فيفوت قسطه بفواته . وفي الصورة الثانية وهي ما اذا اثمرت الاشجار عند المشتري لا يسقط شيء من الثمن ولا يضمنه المشتري لانه حينئذ لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض الذي له الشبه بالعقد ففواته لا يوجب سقوط شيء من الثمن . ولو هلك الثمر بآفة سماوية فحكمه كما لو جذه المشتري اه ملخصاً عن الدرر والغرر وغيرهما

❊ المادة ١٠٣٧ ❊ تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداء فالاحكام التي تثبت في الشرا ابتداء كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت في الشفعة ايضاً

لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخيار كما اذا اشتراه منهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة من العيب لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا تعمل رؤيته وشرطه بحقه (طحطاوي) وفي الهندية لو بنى الشفيع في الارض ثم وجد بها عيباً رجع بالنقصان على المشتري ورجع المشتري على بائعه ان كان رجوع الشفيع بقضاء اه . اما الاجل وخيار الشرط فلا يثبتان للشفيع وان كانا مشروطين في العقد بين البائع والمشتري لان لا شرط بينهما وبين الشفيع على ذلك والحاصل ان كل ما ثبت للمشتري من غير شرط كالرد بخيار العيب او الرؤية يثبت للشفيع وما لا يثبت للمشتري الا بالشرط لا يثبت للشفيع (هندية)

❊ المادة ١٠٣٨ ❊ لو مات الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير وقبل ان يكون مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لا ينتقل حق الشفعة الى ورثته

وكذا لو مات بعد طلب التملك لان الشفعة مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث عنه (درر) اما لو مات بعد القضا بها ولو قبل نقد الثمن وقبضه فلا تبطل لتقرره بالقضا (راجع المادة ١٠٣٦) وكذا لا تبطل ايضاً بموت المشتري او البائع لبقاء المستحق «خانية» . ولو باع القاضي او وصي المشتري العقار

المشفوع لقضاء دين المشتري او انفاذ وصيته فللشفيع ان ينقض البيع ويأخذ المبيع لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرف المشتري في حياته « رد محتار عن الهداية »

﴿ المادة ١٠٣٩ ﴾ لو بيع المشفوع به بعد طلبي الشفيع على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفعته

مفاده انه لو باع المشفوع به قبل الطلبين بطلت شفعته بالاولى كما صرح بهِ في التنوير وغيره. وقال الطحطاوي عن المنح لا فرق بين ان يكون الشفيع عالماً وقت بيع داره بشراء المشفوعة او لم يكن عالماً اه. وفي الدرر وتبطل الشفعة ايضاً او جعل ما يشفع به مسجداً او مقبرة او وقفاً مسجلاً اه. قال في رد المحتار ينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول ان تسقط الشفعة بهِ وان لم يسجل اه. ثم اعلم ان ما جاء في المادة من بطلان الشفعة ببيع المشفوع به ليس على اطلاقه بل هو مقيد بشرطين الاول ان يبيع كل المشفوع به لما في الخانية : الشفيع بالجوار اذا باع الدار التي يستحق بها الشفعة الا شقصاً منها لا تبطل شفعته لان ما بقي يكفي للشفعة ابتداء فيكفي لبقائها اه الثاني ان يبيع بدون شرط الخيار لنفسه لما في التنوير وغيره لو باع بشرط الخيار لنفسه لا تبطل شفعته لبقاء السبب وهو اتصال ملكه بالمشفوعة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه اه. ثم ان المراد هنا بالبيع البيع البات كما لا يخفى (رد محتار) ومفاده ان الشفيع لو باع ما يشفع به بيع وفاء لا تسقط شفعته لعدم زوال ملكه

﴿ المادة ١٠٤٠ ﴾ لو بيع ملك عقاري آخر متصل بالملك المشفوع قبل ان يتملكه الشفيع على الوجه المشروح لا يكون شفيعاً لهذا العقار الثاني

المراد بالوجه المشروح التراضي او حكم الحاكم فاذا لم يملك الشفيع المشفوع باحدهما لا يكون شفيعاً لما بيع بجوار المشفوع لان ملكه لا يثبت الا باحدهما كما مر في المادة ١٠٣٦

﴿ المادة ١٠٤١ ﴾ الشفعة لا تقبل التجزي فليس للشفيع ان يأخذ بعض العقار المشفوع ويترك باقيه

جبراً على المشتري لضرر تفريق الصفقة وهذا لو كان البيع صفقة واحدة وكان المبيع
كله ملاصقاً للشفيع . فلواشترى رجل من جماعة عقاراً صفقة واحدة فليس للشفيع
ان ياخذ نصيب احد البائعين ويترك الباقي لان فيه تفريق الصفقة على المشتري بخلاف
ما لو اشترى نصيب كل بصفقة اذ للشفيع حينئذٍ ان يأخذ نصيب احدهم لانه اذا
تعددت الصفقة كان للشفيع ان يأخذ ما يشا و يترك الباقي فلو اشترى جماعة عقاراً
والبائع واحد فللشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم و يترك الباقي سواء سمى لكل بعض
ثمناً او سمى للكل جملة لان العبرة لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن وسواء كان قبل قبض
المبيع او بعده هو الصحيح الا انه قبل القبض لا يمكن اخذ نصيب بعضهم و لو نقد
ما عليه من الثمن ما لم ينقد المشتري الآخر حصته كي لا يؤدي الى تفريق اليد على
البائع بمنزلة احد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن فانه لا يقبض نصيبه من المبيع
حتى يؤدي المشترون ما عليهم من الثمن فكذا الشفيع والمعتبر في هذا الباب اتحاد
العاقد لتعلق حقوق العقد به دون المالك . فلو وكل واحد جماعة بالشراء فللشفيع اخذ
نصيب بعضهم وترك الباقي ولو وكل جماعة واحداً بالشراء ليس للشفيع اخذ نصيب
بعضهم ولو كان ملك الشفيع ملاصقاً لبعض المبيع وكان المبيع متعدداً كدارين كان
له الشفعة بما لاصقه فقط ولو فيه تفريق الصفقة (هندية ملخصاً) ويأخذه بحصته من
الثمن معدلة على نسبة القيمة فلو كان الثمن المسمى للدارين اربعين الفاً وقيمة الدار
المشفوعة عشرة آلاف وقيمة الاخرى عشرين اخذ الشفيع الدار المشفوعة بثلث الثمن
المسمى وهو ثلاثة عشر الف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان قيمتها ثلث مجموع
القيمتين فيأخذها بثلث الثمن المسمى ثم انه لو اتحدت الصفقة وكان المبيع كله ملاصقاً
ملك الشفيع كما اذا كان كلاهما جارين او شريكين فاراد الشفيع اخذ البعض وترك
الباقي هل تبطل شفعته بذلك قال في الدر المختار ولو طلب احد الشريكين النصف
بناء على انه يستحقه فقط بطلت شفعته اذ شرط صحتها ان يطلب الكل اه اي لانه
يستحق الكل والقسمة للمزاحمة . وكذا لو كان الشريكان حاضرين فطلب كل منهما
النصف بطلت . ولوطلب احدهما الكل والاخر النصف بطل حق من طلب النصف
(رد محتار) ثم قال في الدر المختار في محل آخر ما نصه اعلم انه اي الشفيع لو طلب
الحصة فهو على شفعته اه . وقال في المجمع ولا يجعل ابو يوسف قوله آخذ نصفها تسليماً
وخالفه محمد قال شارحه وفي المحيط الاصح قول محمد اه . ومثله في غرر الافكار وشرحه

ولكن صحح في الخانية قول ابي يوسف حيث قال طلب تسليم النصف لا يكون اسقاطاً اه . فقد ظهر لك اختلافهم في هذه المسألة وقد وفق بعضهم بين القولين بان القول ببطلان الشفعة فيما اذ طلب الشفيع اخذ البعض محمول على ما اذا طلبه اولاً اي ضمن طلب المواثبة او طلب الاشهاد اما لو طلبه بعد هذين الطلبين اي لدى الحاكم فلا تبطل شفعته وقد ايد هذا التوفيق في رد المحتار في موضعين واعتمده وقال لا منافاة بين القولين

تتمة — قال في الخانية اشترى خمسة منازل من رجل واحد في سكة غير نافذة بصفقة واحدة فاراد الشفيع ان يأخذ منزلاً واحداً فان طلب الشفعة بحكم الشركة في الطريق لا يا خذ البعض لانه تفريق الصفقة من غير ضرورة . وان اراد الشفعة بحكم الجوار وجواره في هذا المنزل يريد اخذه لا غيره كان له ذلك اه

﴿ المادة ١٠٤٢ ﴾ ليس لبعض الشفعاء ان يهب حصته للبعض الاخر فان فعل احدهم ذلك سقط حق شفعته

لان هبة حصته من الشفيع الاخر اعراض عن الشفعة فتبطل شفعته ويقسم المبيع حينئذٍ بين بقية الشفعاء انظر المادة الآتية . وفي رد المحتار عن النهاية لو سلم احد الشفيعين شفعته ليس للآخر الا ان يأخذها كلها او يدعها لان مزاحمة من سلم قد زالت فكأنه لم يكن اه

﴿ المادة ١٠٤٣ ﴾ ان اسقط احد الشفعا حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الاخر ان يأخذ كل العقار المشفوع

لزوال مزاحمة المشارك في الاستحقاق وزوالها انما هو بتركه الشفعة قبل تقرر ملكه (رد محتار) ولا ينبغي ان يفهم ان الشفيع مخير في اخذ حصة التارك اذ عليه ان ياخذ الكل او يترك كما يعلم من المادة ١٠٤١

فائدة : قوم ورثوا داراً فيها منازل واقتسموها فاصاب كل واحد منهم منزلاً فرفعوا فيما بينهم الطريق فباع من صار له منزل منزله وسلم الذين لهم المنازل في الدار الشفعة كان للجار الشفعة اذا كان لزيق المنزل الذي بيع وان كان لزيق الطريق الذي بينهم وليس بلزيق المنزل كان له ان ياخذ المنزل بطريقه بالشفعة فهذا

دليل على ان الشفعة كما تجب لجيران المبيع تجب لجيران حق المبيع ايضاً (هندية)

وان اسقطه بعد حكم الحاكم فليس للاخر ان يأخذ حقه

لعدم صحة الترك لانه بالقضا تقرر ملك كل من الشفعاء وانقطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر (رد محتار) وهل تبقى حصة التارك للمشتري او يجبر التارك على قبولها؟ الظاهر الثاني لما في التنوير وغيره قضي بالشفعة للشفيع ليس له تركها لتحول الصفقة اليه وقال الطحطاوي لا يجوز له ابطالها منفرداً من غير مقتض شرعاً اه

استطراد : ولو كان بعض الشفعاء غائباً يقضى بالشفعة للحاضر في جميع المبيع لاحتمال عدم طلب الغائب (در منتقى) لان الموهوم لا يعارض المتحقق يعني ان الحق متى ثبت بيقين لا يؤخر بحق يتوهم ثبوته لان التأخير ابطال من وجه والثابت بيقين لا يجوز ابطاله بالشك (حموي) ثم اذا حضر الغائب وطلب قضي له فلو كان مثل الاول قضى له بالنصف ولو حضر بعد ذلك ثالث قضي له بثلث ما في يد كل منهما تحقيقاً للتسوية. وان كان الذي حضر فوق الاول كأن يكون الاول جاراً والذي حضر شريكاً فيقضى للذي حضر بالكل وتبطل شفعة الاول (هندية) وفي الخانية لو جاء الشفيع الثاني فانه يطلب من الشفيع الاول الذي قضي له لا من المشتري لان الشفيع الاول قام مقام المشتري اه

﴿ المادة ١٠٤٤ ﴾ لو زاد المشتري في المشفوع شيئاً من ماله كصبغه، فشفيعه مخير ان شاء تركه وان شاء اخذه باعطاء ثمن البنا وقيمة الزيادة، وان كان المشتري قد احدث في العقار المشفوع بناء او غرس فيه اشجاراً فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان شاء اخذ المشفوع باعطا ثمنه وقيمة الابنية والاشجار

قائمة على الارض غير مقلوعة (نهاية عن شرح الطحطاوي كذا في رد المحتار)

وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية والاشجار

لان المشتري ليس بمتعد في البنا والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان الذي هو القلع (طحطاوي) وهذا قول ابي يوسف خلافاً لابي حنيفة

ومحمد. اما الزرع فلا يقلع اتفاقاً لان له نهاية معلومة بل يبقى بالاجر الى حين الادراك (در مختار) وهذا لو قضي للشفيع بالشفعة اي فله حينئذٍ ان يستوفي الاجر من المشتري اعتباراً من حين القضا الى نهاية الحصاد. اما قبل الحكم فلا اجر له لعدم خروج المبيع عن ملك المشتري بالقضا (رد محتار). وفي الخانية لو حضر الشفيع واراد ان يأخذ الدار فقال المشتري احدثت فيها هذا البنا وقال الشفيع لا بل اشتريتها مبنية كما هي كان القول للمشتري اذا لم يكذبه الظاهر اي اذا ادعى البنا في وقت لا يكذبه الظاهر فيه ، وان اقاما البينة فبينة الشفيع اولى. وان قال المشتري اشتريت البنا بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك او قال اشتريت اولاً الارض بدون البنا ثم اشتريت البنا بعقد آخر فلا شفعة لك في البنا لانه نقلي صار مقصوداً ، وقال الشفيع لا بل اشتريتهما معاً بصفقة واحدة فالقول للشفيع استحساناً لان المشتري ينكر الشفعة في البنا لتفرق الصفقة بعد قيام سبب البنا فلا يقبل قوله ولو قال المشتري وهب لي البنا اولاً ثم اشتريت الارض كان القول قول المشتري ويأخذ الشفيع الارض بدون البنا ولو قال المشتري اشتريت النصف ثم النصف وقال الشفيع اشتريت الكل بعقد واحد فالقول للشفيع استحساناً اه

استطراد: لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع اخذ الشفيع نصيب الذي حصل له بالقسمة وان وقع في غير جانبه على الاصح وليس للشفيع نقض القسمة مطلقاً سواء كانت بقضا او برضا على الاصح لان القسمة بين البائع والمشتري من تمام القبض لما عرف من ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص وهذا بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقض القسمة لان هذه القسمة لم تجرِ بين العاقدين فلا يمكن جعلها قبضاً بحكم العقد فجعلت مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة وكذا لو اشترى اثنان داراً وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسما الدار بقضا او برضا فللشفيع ان ينقض القسمة ايضاً لضرورة صيرورة النصف الذي بيد كل منهما ثلثاً لان كلاً منهما يستحق الثلث والحال ان بيده النصف وهو لا يبقى كذلك بعد ثبوت الشفعة للشفيع الثالث (تنوير وطحطاوي ملخصاً)

خاتمة

لقد ذكر في الكتب الفقهية جملة حيل لاسقاط الشفعة وحيث لم تذكر في المجلة فقد اثرنا ايراد بعضها تعميماً للفائدة

الحيلة الاولى : ان يبيع البائع عقاره الا ذراعاً مثلاً في جانب حد الشفيع ثم يهب الذراع من المشتري هبة بدون عوض ويسلمه فلا يبقى للجار شفعة في المبيع لانقطاع الجوار ولا في الموهوب لعدم الشفعة في الهبة بلا عوض ولا فرق فيما اذا وهب الذراع بعد البيع او قبله (هندية)

الحيلة الثانية : ان يهب البائع سهماً شائعاً من المبيع للمشتري ثم يبيع منه الباقي فلا شفعة للجار ولا للخليط في حقوق المبيع لا في الموهوب لما قدمنا ولا في المبيع لان المشتري بقبوله هبة السهم المذكور اضحى شريكاً في نفس المبيع فيقدم على من ذكر غير ان هذا انما يستقيم اذا كان العقار غير قابل القسمة كالبئر والحمام والبيت الصغير اذ لو كان العقار قابلاً القسمة كالبيت الكبير والارض والدار لا تصح هبة جزء شائع منه كما قدمنا في كتاب الهبة فالحيلة حينئذٍ لتصحيح هذه الحيلة ان يهب البائع كل العقار من المشتري ثم يرجع بالهبة الا بسهم من العقار ثم يبيع من المشتري ما رجع به فيحصل المقصود راجع المادة ٥٥

الحيلة الثالثة : ان يشتري من المبيع سهماً شائعاً بثمن غال ثم يشتري الباقي بصفقة ثانية فالشفعة للشفيع بالسهم الاول فقط (ملتقى) لانه لا يرغب فيه لكثرة الثمن والباقي لا شفعة له به بل هو للمشتري لانه شريك اذ انه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل القضا له لبقاء ملك المشتري فيتقدم على الجار . وهذه الحيلة هي المتعارفة الان فانهم يجعلون معظم الثمن للسهم الاول ويسيره للباقي الا ان هذه الحيلة تضر بالمشتري لو كانت الدار لصغير لعدم جواز بيع الباقي باليسير من الثمن لما فيه من الغبن الفاحش فيلزم المشتري السهم الاول بالثمن الكثير ولا يجوز شراؤه للباقي (رد محتار)

الحيلة الرابعة : ان يشتري المبيع بثمن اكثر كاضعاف قيمته او اكثر ثم يدفع للبائع بدلاً عن الثمن عرضاً او بدلاً آخر قيمته كقيمة المبيع فالشفعة حينئذٍ بالثمن

لا بالعرض (غرر) لان العرض عوض عما في ذمة المشتري للبائع فيكون البائع مشتريًا للعرض بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الشريك والجار، غير انها قد تضر بالبائع لانه اذا استحق المبيع من المشتري كان له ان يرجع على البائع بكل الثمن لا بالعرض لبطلان المقاصة بالاستحقاق فالاولى بيع دراهم الثمن بدنانير (در منتقى)٠ مثلاً لو كانت قيمة العقار عشرة دنانير يبيعه من المشتري بالف درهم ثم يبيع الثمن من المشتري بعشرة دنانير فالشفعة بالف درهم ولا يرغب فيها الشفيع لكثرة الثمن وهذه الحيلة لا تضر البائع لانه اذا استحق المبيع بطل الصرف لانه يكون صرفًا بما في ذمة المشتري من الدراهم فاذا استحق المبيع تبين ان لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير (طحطاوي بتوضيح)

الخامسة : ان يشتري العقار بدراهم معلومة بوزن او اشارة مع قبضه فلوس اشير اليها وجهل قدرها او مع خاتم معلوم العين مجهول المقدار ثم يضيع الفلوس او الخاتم بعد القبض في المجلس فلا شفعة للشفيع (تنوير) لان بعض الثمن وهو الفلوس او الخاتم مجهول وجهالة الثمن تمنع الشفعة (درر) ولكن انما تتم هذه الحيلة لو وافق الشفيع المتبايعين على جهالة قدر الفلوس والخاتم لانه اذا كان يعلمهما وادعى ذلك فانه يصدق بقوله وتبطل الحيلة لعدم الجهالة المانعة من حكم الحاكم وحينئذٍ يأخذ المبيع بمثل الدراهم المسماة وبقيمة الفلوس او الخاتم على زعمه٠ وقال الرملي ان الشفيع لا يحلف علَى ما زعم لان المتبايعين لم يدعيا قدراً معيناً انكره الشفيع بل اتفقا انهما لا يعلمان قدر الثمن فلا يقال انه منكر فلا يحلف (رد محتار ملخصاً)

السادسة : ان يشتري البنا او الاشجار اولاً ببعض الثمن ثم يشتري العرصة بصفقة ثانية بثمن غالٍ فلا تثبت الشفعة في البنا والاشجار لانها نقلية راجع المادة ١٠٢٠ ولا يرغب الشفيع في اخذ العرصة بثمن غالٍ٠ وكذا لو وهب له البائع البنا والاشجار ثم باعه العرصة بثمن غالٍ

السابعة : ان يستأجر البائع ثوبًا اوحيواناً او غير ذلك من المشتري بجزء من مائة او الف جزء من المبيع و بعد ان يستوفي منفعة المأجور يبيع الباقي من الدار للمشتري فلا شفعة للشفيع اما في الجزء الاول فلأن المشتري ملكه بدلاً عن المنفعة والشفعة لا تثبت الا بعقار ملك بعوض هو مال٠ راجع المادة ١٠٢٥ ٠ واما في بقعة الدار فلأن المشتري صار شريكاً في الدار فكان مقدماً علَى الجار

تنبيه : لو ادعى الشفيع على المشتري انه احتال لابطال شفعته (اي ان صورة البيع الواقع بين البائع والمشتري جعلت حيلة لا بطال الشفعة) وطلب تحليف المشتري بانه لم يفعل هذا فراراً من الشفعة ليس له ذلك لانه يدعي عَلَى المشتري معنى لو اقر به لا يلزمه شيء (خانية)

الكتاب العاشر

في انواع الشركات ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب

المقدمة

في بعض اصطلاحات فقهية

✻ المادة ١٠٤٥ ✻ الشركة في الاصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء وامتيازهم به ، لكن تستعمل ايضاً عرفاً واصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص . وعلى هذا تقسم الشركة مطلقاً الى قسمين : الاول شركة الملك وتحصل بسبب من اسباب التملك كالاشتراء والاتهاب ، الثاني شركة العقد وتحصل بالايجاب والقبول بين الشركاء وتأتي تفصيلات القسمين في بابهما المخصوص . وسوى هذين القسمين شركة الاباحة وهي اشتراك العامة في حق تملك للاشياء المباحة التي ليست في الاصل ملكاً لاحد كالماء باخذها واحرازها

✻ المادة ١٠٤٦ ✻ القسمة عبارة عن التقسيم وتعريفها وتفصيلها يأتي في بابها الخاص

✻ المادة ١٠٤٧ ✻ الحائط عبارة عن الجدار والطبلة والجيت (وهو ما يعمل من الاغصان) جمعه حيطان

✻ المادة ١٠٤٨ ✻ المارّة (على وزن العامة) عبارة عن المارين والعابرين في الطريق العام

✻ المادة ١٠٤٩ ✻ القناة (بفتح القاف) مجرى الماء تحت الارض قسطلاً او سياقاً تجمع على قنوات

﴿ المادة ١٠٥٠ ﴾ المسنّاة (بميم مضمومة وسين مفتوحة ونون مشددة) الحد والسد يبنى في وجه الماء وحافات فوهات الماء ، جمعها مسنيات

﴿ المادة ١٠٥١ ﴾ الاحياء عبارة عن التعمير وجعل الاراضي صالحة للزراعة

﴿ المادة ١٠٥٢ ﴾ التحجير وضع الاحجار وغيرها في اطراف الاراضي من واحد حتى لا يضع آخر يده عليها

﴿ المادة ١٠٥٣ ﴾ الانفاق عبارة عن صرف المال وخرجه

﴿ المادة ١٠٥٤ ﴾ النفقة الدراهم والزاد والذخيرة التي تصرف في الحوائج والتعيش

﴿ المادة ١٠٥٥ ﴾ التقبل تعهد العمل والتزامه

﴿ المادة ١٠٥٦ ﴾ المفاوضان عاقدا شركة المفاوضة

﴿ المادة ١٠٥٧ ﴾ رأس المال عبارة عن السرماية

﴿ المادة ١٠٥٨ ﴾ الربح هو الكسب

﴿ المادة ١٠٥٩ ﴾ الابضاع اعطاء رجل لآخر رأس مال على ان الربح كله له. فرأس المال البضاعة والمعطي المبضع والآخذ المستبضع

الباب الاول

في شركة الملك ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في تعريف شركة الملك وتقسيمها

﴿ المادة ١٠٦٠ ﴾ شركة الملك هي ان يكون الشيء مشتركاً بين اثنين فاكثر اي مختصاً بهما بسبب من اسباب الملك كالشرا والاتهاب وقبول وصية وتوارث ، او بخلط اموالها واختلاطها في صورة لا تقبل التميز والتفريق كأن يشتري اثنان مثلاً مالاً او يهبه لهما واحد او يوصي لهما به ويقبلا او يرثاه منه فيصير ذلك المال مشتركاً بينهما ويكون كل منهما شريك الآخر فيه كذلك اذا خلط اثنان ذخيرتهما بعضها ببعض او انخرقت عدولهما بوجه ما واختلطت ذخيرتا الاثنين فتصير هذه الذخيرة المخلوطة او المختلطة مالاً مشتركاً بين الاثنين

والحاصل ان شركة الملك ان يملك اثنان فاكثر عيناً او ديناً باي سبب كان ولو متعاقباً . كما لو اشترى شيئاً ثم اشترك فيه اخر . قال في التنوير ومن اشترى عبداً مثلاً فقال له اخر اشركني فيه فقال فعلت ان قبل القبض لم يصح وان بعده صح ولزمه نصف الثمن وان لم يعلم بالثمن خيّر عند العلم به . ولو قال اشركني فيه فقال نعم ثم لقيه اخر وقال مثله واجيب بنعم فان كان القائل عالماً بمشاركة الاول فله ربعه وان لم يعلم فله نصفه اهـ . قلت وانما كان له الربع في الصورة الاولى لانه اذا كان عالماً بمشاركة الاول ثم طلب المشاركة لنفسه يكون قد طلب الاشراك في نصيب المشتري ونصيبه النصف فيصيبه الربع بخلاف ما لو كان غير عالم بمشاركة الاول لانه حينئذٍ يكون طالباً لشراء النصف، وقد اجابه المشتري اليه . ثم اعلم ان هذه الشركة انما هي عبارة عن بيع النصف بنصف الثمن الذي اشترى به فيثبت فيه جميع احكام البيع من ثبوت

خيار العيب والرؤية ونحوهما ولا بد فيه من علم المشتري بالثمن في المجلس وهو خلاف المتبادر من كلام التنوير (رد محتار) وفيه لو اشرك اثنين صفقة واحدة كان العبد بينهم اثلاثاً اه

﴿ المادة ١٠٦١ ﴾ لو كان لرجل دينار ولآخر من جنسه ديناران فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منها وبقي واحد كان الباقي بينهما مشتركاً مثالثة ، ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار

﴿ المادة ١٠٦٢ ﴾ شركة الملك تنقسم قسمين اختياري و جبري

﴿ المادة ١٠٦٣ ﴾ الشركة الاختيارية هي الاشتراك الحاصل بفعل المتشاركين كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والاتهاب وقبول الوصية وبخلط الاموال كما تقدم

﴿ المادة ١٠٦٤ ﴾ الشركة الجبرية هي الاشتراك الحاصل لا بفعل المتشاركين بل بسبب آخر ، كالاشتراك الحاصل في صورتي التوارث واختلاط المالين

﴿ المادة ١٠٦٥ ﴾ اشتراك الودعاء المتعددين في حفظ الوديعة من قبيل الشركة الاختيارية . اما اذا هبّت الريح فالقت جبة واحد في دار بين جماعة ، فشركة اصحاب الدار في حفظ هذه الجبة هي من قبيل الشركة الجبرية

لانها حصلت بدون فعلهم ومفاده اشتراك اصحاب الدار في الحفظ وثبوت الحق لجميعهم لا لواحد فقط . قال طحطاوي وهنا ليس من قبيل الشركة التي تجرى فيها احكام هذا الباب افاده حلبي بل هم بمنزلة الوديعين فيجب عليهما الحفظ اه

﴿ المادة ١٠٦٦ ﴾ شركة الملك تنقسم ايضاً قسمين شركة عين وشركة دين.

الظاهر من هذه المادة ومن المادة ١٠٦٨ ترجيح القول بان شركة الدين شركة حقيقية لان الدين يملك شرعاً ولهذا جازت هبته لمن هو عليه خلافاً لمن قال انها مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك. قال في رد المحتار والحق ان الدين يملك شرعاً ولهذا لو كان لهما دين على اخر فصالحه احدهما عن نصيبه من الدين على عين كثوب مثلاً ملك الثوب مشتركاً بينه وبين شريكه اه بتصرف

﴿ المادة ١٠٦٧ ﴾ شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعاً في شاة او في قطيع غنم

﴿ المادة ١٠٦٨ ﴾ شركة الدين هي الاشتراك في مبلغ الدين كاشتراك اثنين في قدر كذا غرشاً في ذمة انسان

كما اذا مات رجل وله دين بذمة اخر فالدين مشترك بين ورثته. وكذا لو باع رجلان مالهما من رجل صفقة واحدة بثمن معلوم فذلك الثمن دين مشترك بينهما انظر المواد ١٠٩٢ و١٠٩٣ و١٠٩٥ و١٠٩٦

الفصل الثاني

في كيفية التصرف في الاعيان المشتركة

﴿ المادة ١٠٦٩ ﴾ كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه فكذا يتصرف ايضاً في الملك المشترك اصحابه بالاتفاق

ولكن ليس لاحد منهم ان يتصرف فيه مستقلاً حتى انه لا يجوز لاحدهم ان يبني على الهواء المشترك الا برضا شركائه (رد محتار عن الجلالية) وكذا ليس له في بعض الاحوال ان يتصرف في حصة نفسه انظر مواد ٢١٥ و٨٥٨ و١٠٨٨ فقرتها الاخيرة

﴿ المادة ١٠٧٠ ﴾ يسوغ لاصحاب الدار المشتركة ان يسكنوا فيها معاً ، لكن اذا ادخل احدهم اجنبياً الى تلك الدار فللآخر منعه

لان دخول الاجنبي تصرف في ملك الشريك الاخر بغير اذنه (خيرية) وافق في الحامدية بمنع دخول زوجها الاجنبي الى الدار المشتركة بينها و بين اخر. والمستفاد من لفظ الاجنبي انه لو كان الداخل محرماً فليس للشريك الاخر منعه . و يؤيده ما في الحامدية : دار بين اخوين واختين ولهما زوجتان وللاختين زوجان فللاخين ان يمنعا زوجي الاختين من الدخول في الدار اذا لم يكونا محرمين لزوجتيهما اه

﴿ المادة ١٠٧١ ﴾ لاحد اصحاب الحصص . التصرف مستقلاً في الملك المشترك باذن الآخر ، لكن لا يجوز له ان يتصرف تصرفاً مضراً بالشريك

والاذن نوعان : صريح ودلالة ، ففي الاول يتصرف الشريك بحصة شريكه كما اذنه سواء اضر او لم يضر فله ان يرهن و يبيع او يهب . اما في الثاني فانما يتصرف بها على ما هو معروف ومعتاد وليس له ان تصرف تصرفاً يضر بالشريك . راجع مواد ٤٣ و١٠٧٥ و١٠٨٠ و١٠٨١

﴿ المادة ١٠٧٢ ﴾ ليس لاحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله له اشترِ حصتي او بعني حصتك . غير ان المحل المشترك بينهما ان كان قابلاً للقسمة والشريك ليس بغائب فله ان يطلب القسمة وان كان غير قابل للقسمة فله ان يطلب التهايؤ كما تأتي تفصيلاته في الباب الثاني

وفي الحامدية واذا باع الشركا حصصهم من الثمرة الا واحداً منهم عناداً والمشتري لا يرضى الا بشراء الجميع او اجروا الدار الا واحداً منهم لا يجبر الآبي ان يبيع مع الشركا بل يبيعون حصتهم فقط اذ تجذ الثمرة وتقسم . وكذلك في الدار الموقوفة لا يجبر على الاجارة بل يؤجر شركاؤه حصصهم والمستاجرون يتهايئون الممتنع في السكنى بقدر انصبائهم

﴿ المادة ١٠٧٣ ﴾ الاموال المشتركة شركة الملك تقسم حاصلاتها

بين اصحابها على قدر حصصهم . فاذا شرط احد الشريكين لنفسه في الحيوان المشترك شيئاً زائداً على حصته من لبن ذلك الحيوان او نتاجه لا يصح

وكذا لو باعا مالاً مشتركاً بينهما وشرطا لاحدهما من الثمن قدراً زائداً على حصته فالشرط باطل (رد محتار)

ولو اخذ الشريك المشروطة له تلك الزيادة فلشريكه الآخر استردادها لان من دفع ما ليس بواجب عليه على ظن وجوبه له استرداده كما في الحامدية حيث سئل عما اذا كان لكل من زيد وعمرو عقار جارٍ في ملكه بمفرده فتوافقا على ان ما يحصل من ريع العقارين بينهما نصفين واستمرا على ذلك تسع سنوات والحال ان ريع عقار زيد اكثر ويريد مطالبة عمرو بالقدر الزائد الذي دفعه له بناء على انه واجب عليه فاجاب بان الشركة المذبورة غير معتبرة وحيث كان ريع عقار زيد اكثر تبين ان ما دفعه لعمرو من ذلك كان بناء على ظن انه واجب عليه ومن دفع شيئاً ليس بواجب عليه فله استرداده الا اذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه القابض اه . وفيها : خمسة اخوة تلقوا تركة وعملوا فيها كل على قدر استطاعته فربحوا كانت التركة وما حصلوا من الربح بينهم بالسوية وان اختلفوا في العمل والراي اه

﴿ المادة ١٠٧٤ ﴾ الاولاد في الملكية تتبع الام . فاذا كان لواحد حصان فعلا على فرس انثى لآخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس الانثى . كذلك اذا كان لواحد حمام ذكر ولآخر انثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الانثى

﴿ المادة ١٠٧٥ ﴾ كلٌ من الشركاء في شركة الملك اجنبي في حصة سائرهم فليس احدهم وكيلاً عن الاخر ولا يجوز له من ثم ان يتصرف في حصة شريكه بدون اذنه . غير ان كل واحد من اصحاب الدار المشتركة يعد صاحب ملك مستقل على وجه الكمال في السكنى وفي الاحوال التابعة لها كالدخول والخروج وعلى هذا لو ان احد الشريكين في البرذون

اعاره او اجره بدون اذن الاخر وتلف في يد المستعير او المستأجر فلهذا الاخر ان يضمنه حصته . كذا اذا ركب احدهما البرذون المشترك او حمله بلا اذن فهلك فانه يضمن حصة الاخر . وكذا اذا استعمله مدة فهزل ونقصت قيمته فانه يضمن حصة شريكه من نقصان القيمة

وكذا لو باع احد الشريكين حصته من الفرس المشتركة وسلمها للمشتري بلا اذن شريكه كلف احضارها او دفع القيمة وان هلكت الفرس عند المشتري فالشريك مخير بين ان يضمن شريكه او المشتري فان ضمن شريكه جاز بيعه فنصف الثمن له وان ضمن المشتري رجع بنصف الثمن على بائعه والبائع لا يرجع على احد كما هو حكم الغاصب (حامدية) ومبنى الضمان في هذه المسألة هو التسليم الى المشتري بدون اذن الشريك لا مجرد المبيع ووجه الخيار للشريك بين تضمين شريكه او المشتري هو ان شريكه البائع كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب (رد محتار بتصرف) . وفي الحامدية لو كوى احد الشركا الفرس المشتركه لعلة بغير اذن شريكه وبغير معرفة فادّى ذلك الى هلا كها فانه يضمن حصة شريكه لانه اجنبي في حصته فليس له ان يعالج الا باذنه صريحاً او دلالةً فحيث انتفى الاذن مطلقاً لكون المعالجة عملاً تتفاوت فيه الناس فانه يضمن حصة شريكه يوم التعدي . ولا يخالف هذا ما في الدر المختار : دابة مشتركة قال البيطارون لا بد من كيها فكواها الشريك الحاضر لا يضمن . ومثله في الحاوي الزاهدي لان هنا اعتمد على قول البيطارين بخلاف ما تقدم وانظر الى قوله بغير معرفة والى قوله صريحاً او دلالة يظهر لك عدم المخالفة ظهوراً شافياً اه

اما اذا سكن احد الشريكين مدة في الدار بدون اذن الاخر فيعد ساكناً في ملك نفسه فمن ثم لا تلزمه الاجرة لاجل حصة شريكه

الا اذا كان وقفاً او مال يتيم كما مرّ في المادة ٥٩٦ . اما لو كان معداً للاستغلال فلا اجر . راجع المادة ٥٩٧ . ولو اعطاه الاجرة بناءً على ظنه انها لازمة عليه فله ان يرجع بها على شريكه (خيرية) راجع شرح المادة ١٠٧٣ . ولكن لو حضر الشريك الآخر وتقاضى الاجر من الشريك الساكن فسكن بعده لزمه الاجر عن حصة شريكه لانه يكون التزاماً (حامدية)

ولا يضمن ايضاً لو احترقت هذه الدار بلا تعدٍ

ومفاده انها لو احترقت بتعديه كان اوقد ناراً لا يوقد مثلها كان ضامناً يؤيده ما مرَّ في المادة ٦٠٣ من انه لو اوقد المستأجر ناراً ازيد من العادة فاحترقت الدار فانه يضمن . وفي الدر المختار دار بين اثنين سكن احدهما وخربت ان خربت بالسكنى ضمن اه

﴿ المادة ١٠٧٦ ﴾ اذا زرع احد الشركا الاراضي المشتركة فليس للاخر ان يطلب حصتهُ من الحاصلات على عادة البلدة مثل الثلث او الربع

اما لو دفع اليه الشريك الاخر مثل البذر ليكون الزرع بينهما فان بعد النبات جاز وان قبله فلا (طحطاوي) راجع شرح الفقرة الاخيرة من المادة ٩٠٧

ولكن اذا نقصت الارض بزراعته فله ان يضمن الشريك الزارع قيمة نقصان حصته

قال في جامع الفصولين ارض بينهما زرع احدهما كلها تقسم الارض بينهما فما وقع في نصيب الزارع اقر وما وقع في نصيب شريكه امر بقلعه وضمن نقصان الارض هذا اذا لم يدرك الزرع فلو ادرك او قرب يغرم الزارع لشريكه نقصان نصفه لو انتقصت لانه غاصب في نصيب شريكه اه . قلت وهذا اذا كان الشريك حاضراً كما قيده في الخانية لان قسمة الارض لا تكون مع الغائب ولانه لا يكون غاصباً في صورة الغيبة والا لم يكن له زراعتها ، نعم يمكن ان يكون غاصباً لو كانت الزراعة تنقصها كما سيأتي في المادة ١٠٨٥

﴿ المادة ١٠٧٧ ﴾ اذا آجر احد الشريكين من آخر المال المشترك وقبض الاجرة ضمن لشريكه حصته منها

وقد افتى في الحامدية بانه لو آجر احد الشريكين جانباً من الدار المشتركة ثم حضر شريكه فله ان يطالبه باجرة نصيبه من الجانب المأجور اه . ولعل محله في ما اذا كان المؤجر قد قبض الاجرة كما قيده في متن هذه المادة ومفاده انه اذا لم يقبضها فليس عليه ان يقضي نصيب شريكه من ماله ويؤيده ما سيأتي في المادة ١٥٠٢ —

وهل يد القابض هنا يد امانة او ضمان فيضمن حصة شريكه من الاجرة التي قبضها اذا ضاعت في يده بدون تعدٍ ولا تقصير؟ قال حيدر افندي وعندي انها يد امانة الا ان يقم نقل او دليل على انها يد ضمان ·

ثم لقد قدمنا في شرح المادة ٥٩٦ انه لو آجر الغاصب المغصوب فالاجر المسمى له ولا شيء للمالك ، وكذا حكم الفضولي لو اجر ملك غيره وذلك لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فكانت الاجرة للعاقد ولم يظهر لي وجه الفرق بين ايجار الفضولي والغاصب وبين ايجار احد الشريكين المال المشترك مع ان القياس يقتضي التسوية بينهما لان كلاً من الشركا اجنبي في حصة الاخر لعدم تضمن شركة الملك الوكالة حتى لو آجر احد الشركا المال المشترك بدون اذن شركائه كان غاصباً فلو هلك المال في يد المستأجر كان الشريك ضامناً حصة شريكه كما مر في المادة ١٠٧٥ · ولا يمكن ان يقال ان في ايجار الشريك يثبت رضا الشريك الآخر ضمناً لتمحض الاجارة نفعاً بحقه لان ذلك يقال ايضاً في ايجار الغاصب والفضولي فضلاً عن ان الرضا لا يوجد دلالة الا في ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدار مثلاً · اما لو كان يختلف به كالدابة فكيف يقال بوجود الرضا دلالة انظر المادة ١٠٨٠ · وسيأتي في المادة ١٠٨١ ان سكنى الدار تعد من قبيل المختلف باختلاف المستعمل اذا كانت عائلة الساكن كثيرة، تأمل · ولعل الاول قياس والثاني استحسان او قد يفرق بان الشريك لهُ شبهة الملك وحق التصرف في جزء شائع غير معين في المال المشترك فبعد تحقق المنفعة بالايجار تقسم على حصص الملك بخلاف الغاصب والفضولي اما الضمان فلتفويت حق الشريك الآخر بعدم الاستئذان لا للحيلولة بين المالك وما يملك كما في الغصب ويؤيد الفرق ما سبق في آخر مادة ١٠٧٥ وما ياتي في المواد التالية لهذه المادة

✻ المادة ١٠٧٨ ✻ يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في غيبة الشريك الاخر اذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتي

المراد بالغائب هنا الغائب مطلقاً لا المفقود وهو من كانت غيبته منقطعة ولا الغائب مدة سفر

✻ المادة ١٠٧٩ ✻ انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه

لا يضر الغائب يعد رضى من الغائب

هذه المادة مفسرة للمادة السابقة والمواد الآتية مفسرة لها٠ والمقصود ان انتفاع الشريك فيما لا يختلف بالاستعمال كسكنى الدار مثلاً يتضمن رضى الشريك الاخر ضمناً بخلاف الانتفاع بما يختلف بالاستعمال كالدابة وسيأتي بيان ذلك

﴿ المادة ١٠٨٠ ﴾ حيث لا يوجد من الغائب رضى دلالة بالانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل فلا يجوز لاحد الشريكين في الالبسة المشتركة ان يلبسها في غياب الاخر ٠ وكذا لا يجوز له ركوب البرذون المشترك في غيبة شريكه٠ اما في الاشياء التي لا تختلف باختلاف المستعمل مثل تحميل وحرث فله استعماله بقدر حصته٠ وكذا لو غاب احد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه في نوبته

المستفاد من لفظة نوبته ترجيح الرواية المشهورة من ان الشريك في الخادم المشترك يستخدمه يوماً و يتركه يوماً بقدر حصة الغائب وان ليس له ان يستخدمه دائماً

﴿ المادة ١٠٨١ ﴾ السكنى في الدار لا تختلف باختلاف المستعمل فبناءً عليه اذا غاب احد الشريكين في الدار المشتركة مناصفة ، فسكن الاخر ستة اشهر وترك ستة اشهر فانهُ يجوز له الانتفاع على هذا الوجه

ومقتضاه انه لو تعطلت الدار بالسكنى لا يلزمه الضمان راجع الفقرة الاخيرة من المادة ١٠٧٥ وهذا اذا سكن بنفسه اذ ليس له ان يسكن غيره سوآ كان شريكه حاضراً او غائباً (حامدية) وفي هذه المادة ترجيح الرواية المشهورة التي اجازت تنصيف الانتفاع زماناً على رواية اخرى اجازت تنصيفه مكاناً وعلى هذا لو اراد الحاضر ان يسكن قسماً معيناً من الدار بصورة دائمة ويترك القسم الاخر فليس له ذلك

لكن اذا كانت عياله كثيرة صارت الدار من قبيل المختلف باختلاف المستعمل وفي ذلك لا يوجد رضى الغائب دلالة

﴿ المادة ١٠٨٢ ﴾ لا يجوز للحاضر ان يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة اذا كانت الحصص مفرزة ومقسومة لكن اذا خيف خرابها من عدم السكنى فالحاكم يوءجر هذه الحصة المفرزة ويحفظ اجرتها للغائب

والظاهر ان المهايأة حكمها حكم القسمة اي انه لو تهايأ الشريكان بان يسكن احدهما هذا الجانب من الدار والآخر الجانب الاخر او ان يسكن كل منهما شهراً فليس للحاضر اذا غاب احدهما ان يسكن في نوبة الغائب او في حصته المخصصة له بحكم المهايأة . انظر المواد ١١٨٨ و ١١٨٩ و ١١٩٠

﴿ المادة ١٠٨٣ ﴾ المهايأة انما تعتبر وتجري بعد الخصومة . فاذا سكن احد الشريكين في جميع الدار المشتركة مدة مستقلاً ولم يدفع اجرة حصة الاخر، فلا يسوغ لشريكه ان يقول له اما ان تدفع لي اجرة حصتي عن المدة ، واما ان اسكن انا بقدر ما سكنت ، وانما له القسمة اذا كانت الدار قابلة للقسمة ، او يطلب المهايأة بحيث تبتدىء من بعد ذلك ان اراد

ليس هذا على اطلاقه بل هو مقيد بامرين الاول ان لا يكون الشريك الطالب غائباً اذ لو كان غائباً فله ان يسكن في الدار مثلما سكن شريكه كما يظهر من الفقرة الاتية ، الثاني ان لا تكون الحصة الثانية وقفاً او مال يتيم اذ يجب حينئذٍ على الشريك الذي سكن اجر المثل بالغاً ما بلغ كما مر في المادة ٥٩٦

لكن اذا غاب احد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة كما مر بيانه انفاً ثم حضر الغائب فانه يجوز له ان يسكن فيها بقدر تلك المدة

﴿ المادة ١٠٨٤ ﴾ احد الشريكين الحاضر اذا اجر الدار المشتركة فاخذ من اجرتها حصته وحفظ حصة الغائب جاز وحين حضور الغائب ياخذ حصته منه

ولكن لو ضاعت حصة الغائب عند الشريك الموءجر هل يكون

ضامناً ام لا ؟ راجع شرح المادة ١٠٧٧

المادة ١٠٨٥ اذا غاب احد الشريكين في الارض المشتركة كان للآخر ان يزرعها كلها اذا علم ان الزراعة تنفعها ولا تنقصها وللغائب عند حضوره ان يزرع تلك الارض بقدر تلك المدة التي زرعها الاخر . واذا علم ان تركها بدون زرع نافع لها ومؤدٍ الى قوتها وان زراعتها توجب نقصانها فحينئذٍ لا يوجد اذن الغائب دلالة في زراعتها وعلى هذا ليس للشريك الحاضر ان يزرع من تلك الارض الا مقدار حصته منها ، فاذا كانت مشتركة مناصفة يزرع نصفها وفي السنة الآتية اذا اراد الزراعة فيزرع هذا النصف ايضاً، والا فلا يسوغ له ان يزرع في سنة هذا الجانب وفي السنة الثانية الجانب الاخر . فلو زرع كامل الارض كان للغائب عند حضوره ان يضمنه حصته من نقصان الارض منها . وهذه التفصيلات السابقة محلها فيما اذا لم يراجع الحاضر الحاكم في ذلك ، اما اذا راجعه فالحاكم يأذنه في كل حال بزرع الارض كلها لئلا يضيع العشر والخراج ، وعلى هذا التقدير لا يسوغ للغائب عند حضوره ان يداعي بنقصان الارض

يفهم من الفقرة الاولى ان ليس للحاضر ان يزرع كل الارض الا اذا كانت الزراعة تنفعها والحال ان ذلك ليس هو المقصود لان الشرط عدم الضرر لا تحقق النفع كما يفهم من كلام الخانية والهندية

﴿ المادة ١٠٨٦ ﴾ اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك يكون الاخر قائماً على ذلك البستان وعند ادراك الثمرة ياخذ حصته منها ويستهلكها ويبيع حصة الغائب ويحفظ ثمنها لكن يكون الغائب عند

حضوره مخيراً ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ عند شريكه ، وان شاء لم يجز وضمنه حصته

هذه المسألة منقولة عن الخانية وجامع الفصولين وزاد فيهما انه لو ادى الشريك الحاضر الخراج كان متبرعاً فلا يرجع على شريكه لانه قضى دينه بغير امره فانه يتمكن من ان يرفع الى القاضي ليأمره بذلك اه ثم انه لا يشترط في الاجازة هنا ما يشترط لها في بيع الفضولي (رد محتار)

☀ المادة ١٠٨٧ ☀ حصة احد الشريكين في حكم الوديعة في يد الآخر . فاذا اودع احدهما المال المشترك عند آخر بدون اذن فتلف كان ضامناً حصة شريكه . راجع مادة ٧٩٠

وكذا لو اعار او آجر اورهن فهلكت او انتقصت قيمتها كان ضامناً حصة شريكه . راجع المادة ٧٩٢ . وفي الحامدية لو دفع احد الشريكين الفرس المشتركة لبستاني لترعى في ارض البستان وفارقه بدون اذن شريكه ثم فقدت بدون تعدٍ من البستاني ولا تقصير في حفظها فالشريك الدافع ضامن لحصة شريكه لان حكمه في حصة شريكه حكم المودع اه . ومفاده انها لو فقدت بتعدي البستاني اوتقصيره كان للشريك حينئذ ان يضمن من يشأ منهما وقد مر ذلك صريحاً في المادة ٧٩٠ وشرحها . وفي الحامدية : لهما مواش غاب احدهما فدفع الشريك الاخر المواشي كلها الى الراعي فانه يضمن حصة شريكه اذ يمكنه حفظها بيد اجيره فلا يكون مودعاً غيره . قلت يفهم من عبارة الحامدية ومن تقييد المتن بكون الايداع عند آخر انه اذا اودع الشريك أمينه كاجيره الخاص او من في عياله فلا يضمن راجع المادة ٧٨٠ . وفيها ايضاً اذا منع احد الشريكين الفرس المشتركة عن شريكه فهلكت ضمن حصة شريكه لان حكمه في حصة شريكه حكم المودع والمودع يضمن بالمنع اه راجع المادة ٧٩٤

☀ المادة ١٠٨٨ ☀ الشريك مخير ان شاء باع حصته من شريكه وان شاء باعها من اجنبي بدون اذن شريكه راجع مادة ٢٥٠ . لكن في صور خلط الاموال واختلاطها التي بيناها في الفصل الاول لا

يسوغ لاحد الشريكين في الاموال المخلوطة او المختلطة ان يبيع حصته من آخر بدون اذن شريكه

اما لو باعها باذن شريكه او باعها من شريكه جاز كما في الملتقى وغيره . والفرق ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتدا بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كان بالخلط او الاختلاط لان كل حبة مملوكة لاحدهما بجميع اجزائها ليس للاخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير اذن الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم (مجمع الانهر) . قلت ومثل الخلط والاختلاط بيع ما فيه ضرر على الشريك او البائع او المشتري كبيع الحصة الشائعة من البنا او الغراس او الزرع بدون الارض وقد استوفينا الكلام على ذلك في شرح المادة ٢١٥ ومثله لو باع احد الشريكين بيتاً معيناً باع من دار مشتركة او باع نصيبه من بيت معين منها فالبيع لا يجوز (در مختار) وذلك لتضرر الشريك الاخر عند القسمة اذ لو صح البيع في نصيب البائع لتعين نصيبه فيه فاذا وقعت القسمة للدار كان ذلك ضرراً على الشريك اذ لا سبيل الى جمع نصيب الشريك فيه لان نصفه للمشتري ولاجمع نصيب البائع فيه لفوات ذلك ببيعه النصف واذا سلم الامر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريق القسمة (خيرية من البيوع)

✻ المادة ١٠٨٩ ✻ اذا بذر بعض الورثة الحبوب المشتركة باذن الكبار او وصي الصغار في الاراضي الموروثة تصير جملة الحاصلات مشتركة بينهم

اما لو بذرها بغير اذن بقية الورثة فالغلة للزارع فقط ولو كان البذر مشتركاً كما صرح به في الحامدية ورد المحتار ومفاده انه يضمن لبقية الورثة مثل نصيبهم في الحبوب وحصتهم من نقصان الارض كما يستفاد من الفقرة الآتية

ولكن لو بذر احدهم حبوب نفسه فالحاصلات له خاصة لكنه يضمن لبقية الورثة حصتهم مما نقصت الارض بزراعته . راجع مادة ٩٠٧

وفي الحامدية يقع كثيراً ان يموت الرجل وتبقى تركته بين ايدي ورثته بلا قسمة يعملون فيها وربما تعددت الاموات وهم على ذلك وقد يتوهم انها شركة مفاوضة وذلك باطل لان شركة المفاوضة لها شروط منها العقد بلفظ المفاوضة والواجب في هذه المسالة ان تكون الاكساب بين الورثة بالسوية حيث لا يميز كسب هذا من كسب ذاك ولا يختص احدهما به ولا بزيادة على الاخر اذ التفاوت ساقط كما اجاب الخير الرملي اهـ . ملخصاً

﴿ المادة ١٠٩٠ ﴾ اذا اخذ احد الورثة مبلغاً من نقود التركة قبل القسمة بدون اذن الآخرين وعمل فيه وخسر كانت الخسارة عليه كما انه اذا ربح لا يسوغ لبقية الورثة ان يقاسموه الربح

وكذا لو باشر العمل والسعي وصي القاصر فليس للام وللورثة الكبار طلب حصتهم من الربح (حامدية) . والاصل في هذا ان الغاصب والمستودع اذا تصرف في المغصوب والوديعة فالربح له لا للمالك

الفصل الثالث

في الديون المشتركة

﴿ المادة ١٠٩١ ﴾ اذا كان لاثنين او اكثر في ذمة آخر دين ناشيء من سبب واحد فهو دين مشترك شركة ملك بينهم اما اذا لم يتحد سببه فليس هو بدين مشترك كما يظهر ويتضح في المواد الآتية

﴿ المادة ١٠٩٢ ﴾ كما ان اعيان المتوفى المتروكة عنه مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم ، كذلك يكون الدين الذي له في ذمة آخر مشتركاً بينهم على قدر حصصهم

وكذا لو اوصى المتوفى لرجلين بالدين الذي له على آخر فالدين ايضاً مشترك بينهما (رد محتار) لاتحاد سببه وهو الارث في الصورة الاولى والوصية في الصورة الثانية

﴿ المادة ١٠٩٣ ﴾ من اتلف مالاً مشتركاً كان المتوجب عليه من بدل الضمان ديناً مشتركاً بين اصحاب ذلك المال

مثال ذلك لو استأجر من اثنين دابة مشتركة بينهما فتجاوز بها المحل المعين فهلكت، فقيمة الدابة الواجبة عليه تكون مشتركة بين المؤجرين . وكذا لو حفر بئراً في طريق العامة فتردى فيها حيوان مشترك بين اثنين فقيمة الحيوان الواجبة على الحافر مشتركة بين صاحبي الحيوان

﴿ المادة ١٠٩٤ ﴾ اذا اقرض اثنان آخر كذا قروشاً مشتركة بينهما صار الدين الذي في ذمة هذا المستقرض مشتركاً بينهما اما اذا اقرضاه على الانفراد كل على حدة فلا يكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بين الاثنين بل كل واحد دائن على حدة

﴿ المادة ١٠٩٥ ﴾ اذا بيع مال مشترك بصفقة واحدة ولم يذكر حين البيع حصة كل واحد من الشركاء فالدين الذي في ذمة المشتري من ذلك دين مشترك

والمراد ان لا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع كما يعلم من الفقرة الآتية . وقولهم مال مشترك قيد اتفاقي اذ لو كان لكل منهما عين على حدة فباعاها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما كان الثمن ايضاً مشتركاً بينهما (رد محتار) انظر المادة ١٠٩٦

ولو ذكر حين البيع مقدار حصة كل شريك من الثمن او تعين نوعها ، كأن يقال مثلاً حصة احدهما كذا وحصة الآخر كذا دراهم

وحصة احدهما سكة خالصة وحصة الاخر سكة مغشوشة مع تفريق الحصص وتمييزها صار كل واحد دائناً على حدة ولا يكون ثمن المبيع مشتركاً بين البائعين · كذلك لو باع احدهما حصة شائعة من رجل ثم باع الآخر حصته من هذا الرجل فكل واحد منهما دائن مستقل ولا اشتراك بينهما في ثمن المبيع

كما لو كان لهما دابة مشتركة فباع احدهما نصيبه من رجل بالف ثم باع الآخر نصيبه من ذلك الرجل ايضاً بالف وكتبا عليه صكاً واحداً بالفين فلا شركة في الدين لان كل دين واجب بسبب على حدة (رد محتار)

✻ المادة ١٠٩٦ ✻ اذا باع اثنان مالهما بصفقة واحدة من رجل كما لو كان لواحد حصان وللآخر فرس فباعاهما معاً بكذا غروش كان الثمن المذكور ديناً واحداً مشتركاً بين البائعين وان سمّى كل واحد منهما ثمناً معلوماً لحيوانه صار كل واحد منهما دائناً على حدة ولا يكون ثمن الحيوانين ديناً مشتركاً · كذلك لو باع اثنان مالهما من آخر كل على حدة فاثمان المبيع لا تكون ديناً مشتركا بل كل منهما دائن مستقل

✻ المادة ١٠٩٧ ✻ اذا ادّى اثنان دين رجل بسبب كفالتهما فان ادّياه من مال مشترك بينهما فالمطلوب من المكفول دين مشترك

✻ المادة ١٠٩٨ ✻ رجل امر اثنين بتأدية دينه البالغ كذا فادّياه ، فان كان من مال مشترك بينهما فما يطلبانه من الآمر يكون ديناً مشتركاً بينهما ، وان كان ما ادّياه من النقود ليس بمشترك بل كانت حصة كل منهما مميّزة عن حصة الآخر حقيقةً فلا يكون مطلوبهما منه ديناً مشتركاً ولو كانا قد ادّيا دينه معاً

﴿ المادة ١٠٩٩ ﴾ اذا كان الدين غير مشترك فكل واحد من الدائنين يستوفي دينه من المديون على حدة وما يقبضه كل واحد يحسب من دين نفسه ليس للدائن الاخر ان يأخذ منه حصة

ولو لم يكن للمديون مال آخر اذ لهُ في هذه الصورة ان يقدم من اراد ويؤخر من اراد من دائنيه لانه حي لهُ ولاية على نفسه (حامدية) ولان الدين في حياة المديون يتعلق بذمته لا بامواله

﴿ المادة ١١٠٠ ﴾ اذا كان الدين مشتركاً فلكلٍ من الدائنين طلب حصته من المديون ، واذا غاب احدهما فراجع الدائن الآخر الحاكم وطلب حصته من المديون يأمر الحاكم ذلك المديون باداء حصته

والمقصود ان احد الدائنين في الدين المشترك له ان يطالب حصته من المديون ولو كان الدائن الاخر غائباً لان غيبته لا تمنع شريكه من استيفاء حقه فاذا حضر الغائب كان لهُ ان يحاص شريكه فيما اخذ او يتبع الغريم بحصته (تنوير وغيره)

﴿ المادة ١١٠١ ﴾ ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً بينهما وللشريك الاخر اخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض ان يختص به وحده

لان ذلك عبارة عن قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز كما سياتي في المادة ١١٢٣ وللشريك الاخر ايضاً ان يتبع الغريم بحصته كما قدمنا . ولو اتبعه ثم توى نصيبه عنده بان مات الغريم مفلساً فله ان يرجع بحصته على القابض انظر المادة ١١٠٥ . واذا اراد احد الشريكين قبض حصته من الدين المشترك واختصاصه بها بدون ان يبقى لشريكه حق مشاركته فيما قبض فالحيلة في ذلك ان يهبه الغريم قدر حصته ثم هو يبرئ الغريم من حصته من الدين . وله حيلة اخرى وهي ان يبيع من الغريم صاعاً من تمر ونحوه بقدر حصته من الدين وبعد قبض الثمن يبرئ الغريم مما لهُ عليه (هندية)

﴿ المادة ١١٠٢ ﴾ اذا قبض احد الدائنين حصته من الدين

المشترك واستهلكها فلشريكه ان يضمنه ما يصيبه منها. مثلاً لو كان الدين المشترك بين اثنين مناصفة الف غرش فقبض احدهما من المديون خمس مئة واستهلكها، فللدائن الآخر ان يضمنه مائتين وخمسين، وخمسمائة تبقى بين الاثنين مشتركة

وكذا لو قبض احد الدائنين حصته من الدين المشترك فوهبه من اخر او قضى به دينه او اشترى به شيئاً فلشريكه ان يضمنه حصته مما قبض وليس لهُ ان يأخذها من الموهوب له او البائع (هندية). ومفاد قوله (واستهلكها) انه لو هلكت حصة القابض في يده قضاء فليس لشريكه ان يضمنه نصيبه منها وانما يتبع المدبون بحصته. انظر المادة ١١٠٦

﴿ المادة ١١٠٣ ﴾ احد الشريكين في الدين المشترك اذا لم يقبض من الدين شيئاً ولكنهُ اشترى بحصته متاعاً من المديون فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع

لان المشتري ملك المتاع بعقد الشرا لا بسبب الدين ولا عقد بين المديون والدائن الاخر

ولكن له ان يضمنه حصته من ثمن ذلك المتاع ، وان اتفقا على ان يكون المتاع مشتركاً بينهما كان كذلك

﴿ المادة ١١٠٤ ﴾ اذا صالح احد الشريكين في الدين المشترك المديون عن حقه منه على اثواب بز وقبضها

فشريكه الاخر بالخيار ان شاء اتبع المديون بحصته من الدين لان حصته لم تزل باقية في ذمته (درر) وان شاء اتبع شريكه القابض فان اتبع القابض

فهو (اي القابض) مخيَّر ان شاء اعطى شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاثواب ، وان شاء اعطاه مقدار حصته من الحق الذي تركه

اي من الحق الذي صالح عنه ويبقى الدين الباقي بذمة المديون مشتركاً بينهما .
ولا فرق في هذه المسألة بين ان يكون الصلح عن اقرار او انكار او سكوت (مجمع الانهر) . وفيه : ثم ههنا قيدان الاول ان يكون المصالح عنه ديناً لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة ، بخلاف الدين . الثاني ان يكون المصالح عليه من خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين اه

﴿المادة ١١٠٥﴾ احد الدائنين اذا قبض كامل الدين المشترك او بعضه ، او اشترى بحصته منهُ مالاً ، او صالح المديون على مال بقدر حصتهِ فالدائن الآخر مخيّر في جميع الصور

اما في صورة قبض الدين كله او بعضه فظاهر ويعلم مما مر في المادة ١١٠١ . اما في صورة الشراء فلأن القابض صار قابضاً حقه بالمقاصة بلا حط لان مبنى البيع على المماكسة فصار كقبضه نصف الدين فيكون لشريكه ان يرجع عليه بحصته بخلاف الصلح لان مبناه على الحط والاغماض ولهذا لا يملك بيعه مرابحة فكأن المصالح بالصلح ابرأه عن بعض نصيبه وقبض بعضه ، فاذا الزمناه دفع حصة شريكه من الدين تضرر به المصالح لانه لم يستوفِ تمام نصف الدين فلذا خيرناه (درر)

فان شاء اجاز معاملة شريكه واخذ حصته منه كما سبق آنفاً

ولا خيار حينئذ للقابض . والمراد بحصته ، حصته من الدين لا من المبيع . راجع المادة ١١٠٣

وان شاء لم يُجز وطلب حصته من المديون . وان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض ، وعدم اجازته من قبل لا يكون مانعاً من الرجوع

﴿المادة ١١٠٦﴾ احد الدائنين اذا قبض من المديون حصته من الدين المشترك وتلفت في يده بدون تعدٍ منهُ لا يضمن حصة

الشريك الآخر من هذا المقبوض، ولكنهُ يكون قد استوفى حصة نفسه، والدين الباقي عند المديون يكون لشريكه فقط

﴿ المادة ١١٠٧ ﴾ اذا استأجر احد الشركاء المديون بحصته من الدين المشترك فللاخر ان يضمّن شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاجرة

لان الاستئجار بنصيبه قبض. وذلك لان الاجارة بيع المنافع، فصار كما اذا اشترى بنصيبه شيئاً فعليه لشريكه حصته لانه صار مستوفياً بالمقاصة. راجع شرح المادة السابقة. ولا يقال ان قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لان قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمناً وانما لا تجوز قصداً، وهنا وقعت القسمة ضمناً اي في ضمن الاجارة. ثم انه لا فرق فيما اذا استأجر احد الشريكين المديون نفسه او استأجر منه داراً بحصته

﴿ المادة ١١٠٨ ﴾ احد الشريكين في الدين اذا اخذ من المديون رهناً بمقابلة حصته وتلف الرهن في يده فلشريكه ان يضمنهُ مقدار ما اصاب حصته. فلو كان الدين المشترك مناصفةً الفاً فاخذ احد الدائنين رهناً بحصته التي هي خمسمائة وهلك في يده سقط نصف الدين وللدائن الاخر ان يضمنهُ المائتين والخمسين العائدة لحصته

﴿ المادة ١١٠٩ ﴾ اذا اخذ احد الدائنين كفيلاً من المديون بحصته من الدين المشترك، او احالهُ بها المديون على آخر فللدائن الاخر ان يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل او من المحال عليهِ

﴿ المادة ١١١٠ ﴾ اذا وهب احد الدائنين المديون حصتهُ من الدين المشترك، او ابرأ ذمتهُ منها، فهبته او ابراؤُه صحيح ولا يضمن بذلك حصة شريكه

لان الابراء اتلاف وليس بقبض ، والرجوع انما يكون في المقبوض لا في المتلف.
ولو أبرأ الشريك المديون عن بعض حصته من الدين قسم الباقي عَلَى سهامه ، فلو كان لهما على المديون عشرون درهماً فابرأه احد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة (درر)

✵ المادة ١١١١ ✵ اذا اتلف احد الشركاء في الدين المشترك مال المديون وتقاصا بحصته ضماناً ، فلشريكه اخذ حصته منه . لكن اذا كان للمديون عند احد الدائنين دين خاص سابق على الدين المشترك ثم حصلت المقاصة بحصته من الدين المشترك فليس لشريكه ان يضمّنه حصته

لانه حينئذ يكون قضى ديناً عليه ولم يقبض لان الاصل في الدينين اذا التقيا قضاء يصير الاول مقضياً بالثاني والمشاركة انما تثبت في الاقتضا اي الاستيفاء (درر) فالفرق ظاهر بين المسألتين لان في الاولى وجب بدل الضمان في ذمة الشريك المتلف بعد وجوب الدين المشترك فيكون المتلف قد استوفى دينه ببدل الضمان فصار كأنه قابض فلشريكه اخذ حصته منه ، اما في المسألة الثانية فدين المديون سابق على الدين المشترك فاذا حصلت المقاصة فيكون الشريك المديون قاضياً لا مستوفياً

✵ المادة ١١١٢ ✵ ليس لاحد الدائنين ان يؤجل الدين المشترك بلا اذن الآخر

لانه اذا صح التأجيل في الحصتين لصار تصرفاً في حق شريكه بدون اذنه . وان صح في حصة المؤجل لأدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز . ومفاده انه لو اجل الشريك حصته فقط من الدين فلا يصح ايضاً لما فيه من قسمة الدين قبل قبضه . فبناء عليه لو اجل احد الدائنين الدين المشترك كلاً او بعضاً ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين من المديون ، فللشريك الذي اجل ان يشاركه فيما قبض وان لم يحل الاجل لان الاجل باطل

✵ المادة ١١١٣ ✵ اذا باع واحد مالاً من اثنين يطالب كل واحد بحصته من الثمن . واذا لم يكن احد المشترين كفيلاً للآخر فلا يطالب بدينه

الباب الثاني

في القسمة

﴿ المادة ١١١٤ ﴾ القسمة هي تعيين الحصة الشائعة . يعني افراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل

وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين الانصباء . وشرطها عدم فوت المنفعة . وحكمها تعيين نصيب كل من الشركا على حدة (تنوير) وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع (رد محتار)

﴿ المادة ١١١٥ ﴾ القسمة تكون على وجهين : اما بافراز الاعيان المشتركة اي الاشياء المتعددة المشتركة الى اجزاء تجمع في كل جزء منها الحصص الشائعة من كل فرد من افرادها ، كقسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة عشراً عشراً ، ويقال لها قسمة الجمع . واما بتقسيم العين الواحدة وتعيين كل حصة شائعة بكل جزء من اجزائها في قسم منها كقسمة العرصة الواحدة بين اثنين ، ويقال لها قسمة تفريق وقسمة فرد

﴿ المادة ١١١٦ ﴾ القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة

اي ان القسمة سواء كانت من المثليات او من القيميات تشتمل عَلى معنى الافراز وهو اخذ عين حقه ، وعلى معنى المبادلة وهو اخذ عوض حقه وذلك ما من جزء معين الا وهو مشتمل على نصيبين فكان ما اخذه كل منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازاً والنصف الاخر كان لصاحبه فصار له عوضاً عما في يد صاحبه فكان مبادلة (درر)

مثلاً اذا كان كيل حنطة مشتركاً بين اثنين مناصفة ، فكل حبة منهُ لكل واحد نصفها ، فاذا قسم قسمة جمع الى قسمين واعطى احدهما القسم

الواحد والثاني القسم الآخر يكون كل واحد منهما قد افرز نصف حصته و بادل شريكه نصفها الآخر بنصف حصته . ومثل ذلك عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فكل جزء منها لكل واحد نصفه . فاذا قسمت الى قسمين قسمة تفريق ، واعطى كل واحد منهما قسماً ، يكون كل واحد قد افرز نصف حصته و بادل شريكه نصفها الآخر بنصف حصته

✻ المادة ١١١٧ ✻ جهة الافراز في المثليات راجحة

وكذا ما كان في حكم المثليات كالعدديات المتقاربة فان معنى الافراز غالب فيها ايضاً ، وانما غلبت جهة الافراز في المثليات لان ما ياخذه احدهما ، نصفه ملكه حقيقة ، ونصفه الاخر بدل النصف الذي بيد الاخر ، فباعتبار الاول افراز وباعتبار الثاني مبادلة ، الا ان المثلي اذا اخذ بعضه كان الماخوذ عين الماخوذ عنه حكماً لوجود المماثلة بخلاف القيمي (رد محتار)

فلكل واحد من الشريكين في المثليات اخذ حصته في غيبة الآخر بدون اذنه ، ولكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب اليه ، فلو تلفت حصة الغائب قبل التسليم كانت الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما

ولو تلفت الحصة التي اخذها القابض تلفت عليه وسلمت الحصة الباقية للغائب والاصل ان هلاك حصة الذي المكيل في يده قبل قبض الاخر نصيبه لا يوجب انتقاض القسمة وهلاك حصة من لم يكن المكيل في يده قبل قبض حصته يوجب انتقاضها (بزازية)

✻ المادة ١١١٨ ✻ جهة المبادلة في القيميات راجحة

لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ حقه (درر) ولا ينافي ذلك ان القيميات يجبر على قسمتها في متحد الجنس عند طلب الخصم لانه انما يجبر على القسمة لما فيها من معنى الافراز . وان نظرنا الى معنى المبادلة فلا منافاة ايضاً لان المبادلة قد يجري فيها الجبر ايضاً عند تعلق حق الغير كما في الشفعة وبيع ملك المديون لوفاء

دينه ، وهذه مبادلة تعلق فيها حق الغير لان الطالب للقسمة يريد الاختصاص بملكه ومنع غيره عن الانتفاع به فيجري فيها الجبر ايضاً (در مختار بتصرف)

ولما كانت المبادلة لا تجوز الا بالتراضي او بحكم القاضي لم يكن لاحد الشريكين في القيميات المشتركة ان يأخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه

﴿ المادة ١١١٩ ﴾ المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات . لكن الموزونات المختلفة باختلاف الصنعة كالآنية المشغولة باليد قيمية . وكذلك كل مثلي خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتمييز كحنطة خلطت بشعير قيمي . والذرعيات ايضاً قيمية اما المزروعات التي تباع كل ذراع بكذا ولا تفاوت بين افرادها كالجوخ من جنس واحد والاقمشة من مصنوعات المعامل فمثلية . والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين افرادها تفاوت بالقيمة كالحيوانات والبطيخ الاخضر والاصفر قيمية . وكتب الخط قيمية ، وكتب الطبع مثلية

اذا تساوت طبعاً وورقاً وتجليداً والا فقيمية . فان كتب الفقه وغيرها المطبوعة في الاستانة لا تساوي امثالها المطبوعة في مطبعة بولاق

ومن المثليات ايضاً اللحم والكمثرى والمشمش والخوخ والتمر والعنب والزبيب والخل والدقيق والنخالة والقطن والصوف وغزله والتبن من جميع انواعه والكتان والابريسم والنحاس والرصاص والحديد والحنَّاء والرياحين اليابسة والكاغد والفحم واللبن والزيت والزيتون والغزل المصبوغ . ومن القيميات الصابون والدبس لاختلافهما في الطبخ حتى لو كانا على السواء بان كانا من دن واحد فمثليات . ومن القيميات العدديات المتفاوتة كالرمان والسفرجل والقثاء ومنها ايضاً السرقين والحطب واوراق الشجر كلها والبسط والحصر والبواري والادم والصرم والجلود والتراب . والحاصل ان المثلي ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت يعتد به بين اجزائه وما لا يكون كذلك فهو قيمي (حامدية) ملخصاً) . راجع المادتين ١٤٥ و ١٤٦

﴿ المادة ١١٢٠ ﴾ ينقسم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق الى نوعين : قسمة الرضا وقسمة القضا

﴿ المادة ١١٢١ ﴾ قسمة الرضا القسمة التي تجري برضا المتقاسمين اي اصحاب الملك المشترك اما بالتراضي بينهم او برضى الكل عندالقاضي

﴿ المادة ١١٢٢ ﴾ قسمة القضا تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم وهم اصحاب الملك المشترك

الفصل الثاني

في شرائط القسمة

﴿ المادة ١١٢٣ ﴾ يشترط ان يكون المقسوم عيناً · فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض · مثلاً لو كان للمتوفى ديون في ذمة اشخاص متعددين واقتسمها الورثة على ان ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث ، وما في ذمة فلان منه للوارث الآخر لا يصح · وما يحصله احد الورثة في هذه الصورة يشاركه فيه الوارث الآخر · انظر الفصل الثالث من الباب الاول

وكذا لو كان للمتوفى دين وعين فاقتسم الورثة العين والدين جملة فجعلوا الدين لهذا الوارث ، والعين للوارث الاخر · او جعلوا بعض الدين و بعض العين لهذا ، والبعض الاخر منهما لذاك ، فالقسمة باطلة ، وان اقتسموا الاعيان اولاً ثم الديون ، فقسمة الاعيان صحيحة ، وقسمة الديون باطلة ، لان الدين معدوم حقيقة لكن اعطي له حكم الموجود في حق الشرا واشباهه لحاجة الناس فيها فيبقى على العدم في حق القسمة وقسمة المعدوم باطلة (حامدية وانقروي ملخصاً)

﴿ المادة ١١٢٤ ﴾ لا تصح القسمة الا بافراز الحصص وتمييزها فلو قال احد اصحاب الصبرة المشتركة من الحنطة للاخر خذ انت ذلك الجانب من الصبرة ولكن هذا الجانب لي لايكون ذلك قسمة

اذ القسمة حكمها تعيين نصيب كل من الشركا على حدة لان ذلك، هو الاثر المترتب عليها. بل ولو افرز كل جانب على حدة فلا تصح القسمة ايضاً، لان الحنطة من المثليات ومن الاموال الربوية فلا تصح قسمتها جزافاً بل بالكيل كما سيأتي في المادة ١١٤٧

﴿ المادة ١١٢٥ ﴾ شرط المقسوم ان يكون ملك الشركا حين القسمة . فاذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت . وكذا اذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه بطلت القسمة ايضاً ويلزم ان تعاد

وانما بطلت القسمة في هذه الصورة لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفريق نصيبه في النصيبين (رد محتار)

كذلك اذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة وعاد الباقي مشتركاً بين اصحاب الحصص ، وان ظهر مستحق لمقدار معين من حصة او لجزء شائع منها فصاحب الحصة مخير ان شاء فسخ القسمة

دفعاً لضرر التشقيص (در مختار) وهذا اذا لم يكن باع شيئاً مما في يده قبل الاستحقاق والا فله الرجوع فقط بنقصان حصته (رد محتار عن الهداية)

وان شاء لم يفسخ ورجع بمقدار ما نقصت حصته على صاحب الحصة الاخرى. كما لو قسمت عرصة قدرها مائة وستون ذراعاً بين اثنين مناصفة ، ثم ظهر مستحق لنصف حصة فصاحب هذه الحصة مخير ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع بربع حصته على شريكه فياخذ من حصته عشرين ذراعاً. ولو ظهر مستحق لمقدار معين من كلتا الحصتين فان كان على التساوي لا تفسخ القسمة

ولا يرجع احدهما على الاخر كما لو استحق من نصيب كلٍ خمسة اذرع مثلاً

وان كان على التفاضل فالعبرة لمقدار الزيادة والحكم حينئذٍ كالحكم فيما لو ظهر مستحق لمقدار معين في حصة واحدة فمن اصاب حصته اكثرية الاستحقاق يكون مخيراً كما مر ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شريكه بمقدار النقصان

بقي لو استحق بعض شائع من كلتا الحصتين فان القسمة تفسخ سواء كان الاستحقاق على التساوي كاستحقاق النصف مما في يد كل منهما او على التفاوت كنصف حصة احدهما وربع حصة الاخر (رد محتار) وفيه اذا جرت القسمة في دارين او ارضين واخذ كل واحدة ثم استحقت احداهما بعد ما بنى فيها صاحبها يرجع على صاحبه بنصف قيمة البنا. قيل هذا قول الامام لان عنده قسمة الجبر لا تجري في الدارين فكانت في معنى البيع والاصح انه قول الكل كما في الخانية، ولو في دار لم يرجع (تاترخانية) اه. اي لان قسمة الجبر تجري في الدار الواحدة كما سياتي في الفصل الرابع فلم تكن في معنى البيع فلا رجوع سواء وقعت القسمة بالرضا او بالقضا. قلت ولكن يرد عليه ما مرّ في المادة ١١١٨ وشرحها من ان جهة المبادلة في القيميات راجحة وان اجبر على قسمتها في متحد الجنس منها لان المبادلة قد يجري فيها الجبر عند تعلق حق الغير كما في الشفعة ومقتضاه التسوية بين المسالتين لوجود الغرور في كل منهما ضمن عقد المعاوضة وهو يوجب الرجوع. راجع شرح المادة ٦٥٨

﴿المادة ١١٢٦﴾ قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولاً او فعلاً

الا انه يشترط لصحة الاجازة قيام العين المقسومة والمتقاسمين والمجيز، فلو توفي الغائب قبل الاجازة لا تصح اجازة وارثه من بعده لان خيار الاجازة لا يورّث (راجع المادة ٣٧٨ وشرحها)

فاذا قسم واحد المال المشترك بنفسه لا تكون القسمة جائزة ولكن اذا اجاز اصحابه قولاً بان قالوا احسنت او تصرفوا بالحصص المفرزة تصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كبيع واجارة فالقسمة صحيحة نافذة

قال في الحامدية اذا قسم الورثة التركة بينهم بغير امر القاضي وفي الورثة صغير او غائب او شريك للميت لاتصح الا باجازة الغائب او ولي الصغير او اجازة الصبي بعد البلوغ او باجازة القاضي قبل ذلك. ولو وقعت القسمة بين الشركا وفيهم شريك غائب فلما وقف عليها قال لا ارضى لغبن فاحش فيها ، ثم زرع نصيبه او اذن لحراثه في زراعة نصيبه لايكون هذا رضى بتلك القسمة بعد ما ردها لان القسمة ترتد بالرد اه ملخصاً

❊ المادة ١١٢٧ ❊ يجب ان تكون القسمة عادلة بمعنى انه يلزم تعديل الحصص بحسب استحقاقها بحيث لا يكون فيها نقصان فاحش فدعوى الغبن الفاحش في القسمة تسمع

اما دعوى الغبن اليسير فلا تسمع ولا تقبل عليها البينة (رد محتار) ثم انه اذا ثبت الغبن الفاحش بطلت القسمة اذا كانت بالقضا اتفاقاً لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد ، ولو وقعت بالتراضي تبطل ايضاً في الاصح (تنوير) لان شرط جوازها المعادلة ولم توجد وبه جزم اصحاب المتون وصححه الشروح واختاره في المنح تبعاً للكافي وقاضيخان واطلاق المادة في سماع دعوى الغبن الفاحش والمعادلة في القسمة يؤيده ايضاً

اما اذا اقر المقسوم لهم باستيفاء الحق ثم ادعوا الغبن فلا تسمع دعواهم

ولكن لو ادعى المقر ان اقراره باستيفا الحق كان كاذباً كان له تحليف خصمه بمقتضى المادة ١٥٨٩ وهذا بخلاف ما لو ادعى احدهم الغلط حيث تسمع دعواه ولو اقر بالاستيفاء كما في التنوير خلافاً للخانية لكنه لا يصدق الا ببرهان او اقرار الخصم او نكوله (درر) والاصح ما في التنوير حيث صرح في الكنز والملتقى والوقاية والغرر وغيرها بان دعوى الغلط تسمع ولو اقر بالاستيفاء ، واعتمده في رد المحتار وغيره لان عامة المتون عليه وبه افتى في الحامدية لان ما في المتون مقدم على ما في الفتاوى

تتمة: وفي التنوير والغرر : وان قال احد الشريكين قبضت نصيبي فاخذ شريكي بعضه ، وانكر شريكه ذلك حلف لانه منكر والاخر يدعي عليه الغصب ، وان قال قبل اقراره بالاستيفاء اصابني من كذا الى كذا ولم يسلمه الي تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ولو

اقتسما داراً واصاب كلاً طائفة واشهدوا على الاستيفاء (رد محتار) فادعى احدهما بيتاً في يد الاخر انه من نصيبه وانكر الاخر فعلى المدعي البينة لانه يدعي عَلَى الاخر حقاً وان اقاماها فالعبرة لبينة المدعي لانه خارج اه. وان كان ذلك قبل الاشهاد عَلَى القبض تحالفا وفسخت ، وكذا لو اختلفا في الحدود (در مختار) اي بان قال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبي وقال الاخر كذلك واقاما البينة ، يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما مر من انه خارج ، وان قامت لاحدهما بينة قضي له ، وان لم تقم لواحد تحالفا كما في البيع (رد محتار عن الهداية)

تنبيه : اذا اطلع احد المتقاسمين على الغبن الفاحش في القسمة ثم تصرف في نصيبه تصرف الملاك سقطت دعواه راجع المادة ٣٥٩. وفي الحامدية ان دعوى الغبن لا تسمع بعد الابراء العام اه انظر الفصل الاخير من كتاب الصلح

﴿المادة ١١٢٨﴾ يشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من المتقاسمين. فاذا غاب احدهم لا تصح قسمة الرضى ، واذا كان في جملتهم صغير فوليه او وصيه يقوم مقامه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي توقفت القسمة على امر الحاكم فينصب وصياً يقاسم الشركاء

والمجنون حكمه حكم الصغير فان كان له ولي فوليه يقوم مقامه والا توقفت القسمة عَلَى اجازة القاضي (در مختار)

﴿المادة ١١٢٩﴾ الطلب في قسمة القضا شرط فلا تصح القسمة جبراً من الحاكم الا بطلب احد الشركاء

ثم انه اذا طلب احد اصحاب الحصص من الحاكم قسمة الاعيان المشتركة فلا يخلو من ان تكون تلك الاعيان عقاراً او منقولاً فان كانت عقاراً فان ادعى الشركا ملكيتها مطلقاً او بسبب كالشراء والهبة قسمها القاضي بمجرد اعترافهم بالشركة وان ادعوها بالارث لا يقسمها حتى يبرهنوا عَلَى موت المورث وعدد الورثة (تنوير) وهذا قول الامام وعليه عامة المتون وقال صاحباه تقسم بمجرد اعترافهم ولا حاجة لاقامة البرهان على ما ذكر لان وجود العين في ايديهم دليل على الملك ولا منازع لهم وله اي للامام ان التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه في الزوائد كالاولاد

ملكه وارباحه حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حقه عنها (درر) فكانت قضاء عليه باقرارهم وهو حجة قاصرة فلا بد من البينة بخلاف العقار المشترى لانه زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة على الغير وبخلاف المدعى ملكيته المطلقة لانهم لم يقروا بالملكية لاحد (رد محتار) وان كانت الاعيان المشتركة نقلية كالثياب والدواب يقسمها القاضي اتفاقاً بمجرد اعترافهم بالشركة سواء ادعوها بالارث او بسبب آخر او ملكاً مطلقاً (در مختار) وان برهن الشريكان ان العقار في ايديهما لا يقسمه القاضي حتى يبرهنا انه لهما اتفاقاً (ملتقى) لانه يحتمل ان يكون معهما باجارة او اعارة فتكون قسمة حفظ ، والعقار محفوظ بنفسه (در منتقى) ومفاده انه لو كان منقولاً وبرهنا انه معهما يقسمه القاضي لانه وان كان قسمة حفظ فالمنقول تجوز قسمته لاجل حفظه كما مر في المادة ٠٧٨٣ ولوحضر اثنان من الورثة وطلبا قسمة التركة وبرهنا على موت الوارث وعدد الورثة والعين عقاراً كانت او منقولا معهما وفيهم صغير او غائب فللحاكم ان يقسم التركة بينهم وينصب قابضاً للصغير والغائب هو وصي عن الطفل ووكيل عن الغائب (تنوير ودرر) ولا بد في هذه الصورة من شرطين :الاول البينة على جهة الارث كالابوة والاخوة ونحوهما (رد محتار) ، الثاني ان لا تكون العين او بعضها في يد الغائب او يد مودعه او مع الصغير او في يد امه اذ حينئذٍ لا تجوز القسمة لانه يلزم منها القضا على الطفل او الغائب باخراج شيء مما في يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما (مجمع الانهر) وكذا لا تجوز القسمة ايضاً لو برهن وارث واحد على الموت وعدد الورثة لان الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً مقاسماً ومقاسماً (حموي) بل لا بد من حضور اثنين ولو احدهما صغيراً او موصى له (در مختار) لان الموصى له شريك بمنزلة الوارث والصغير يمكن للقاضي ان ينصب عنه وصياً (طحطاوي) ثم ان ههنا مسألة لا بد من معرفتها وهي انما ينصب القاضي وصياً عن الصغير اذا كان حاضراً فلو غائباً فلا لان الخصم لا ينصب عن الغائب الا لضرورة ومتى كان المدعى عليه صبياً ووقع العجز عن جوابه لم يقع عن احضاره لانه يمكن للقاضي ان يأمر باحضاره اذ ليس المراد من الغيبة السفر فلا ينصب خصماً عنه في حق غير الحضرة فلم تصح الدعوى لانها من غير مدعى عليه حاضر، وليس كذلك اذا حضر لانه انما عجز عن الجواب فينصب من يجيب عنه ٠ ثم ان اشتراط حضور الصغير لنصب وصي عنه خاص بما اذا كان الوارث الحاضر واحداً لانه لتصحيح الدعوى ٠ اما اذا كانا اثنين فالنصب للقبض فيجوز بغياب

الطفل لان صحة الدعوى والقسمة موجودة قبله بجعل احدهما خصماً (هندية ملخصاً)
ثم ان كل ما قدمناه فيما اذا كانت الشركة بالارث كما هو ظاهر اما لو كانت الشركة
بغير الارث كما لو اشترى جماعة عقاراً وغاب احدهم فلا تجوز القسمة بغيابه لان في
الشرا لا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب بخلاف الارث لان ملك الوارث ملك
خلافة حتى يرد بالعيب عَلَى بائع المورث و يرد عليه بالعيب و يصير مغروراً بشراء المورث
فانتصب احدهم خصماً عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء
بحضرة المتقاسمين . واما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم فهو ملك جديد بسبب
باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصماً عن
الغائب فحينئذٍ تكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا يقبل (درر) انظر
المادتين ١٦٤٢ و١٦٤٣

تتمة : قال في الخانية ولو كان اصل الشركة بالميراث فباع بعضهم نصيبه ثم حضر
البعض وطلب القسمة قسم القاضي بينهم وان كان اصل الشركة بالشرا فجرى فيها
الميراث بان مات واحد من المشترين لا يقسم القاضي و ينظر في هذا الى اصل الشركة
اه . وفيها مات رجل عن ورثة وامرأة حامل تحقق حملها وطلب الورثة القسمة فان كانت
الولادة قريبة لا يقسمها وان بعيدة قسمها ، والقرب والبعد مفوض الى رأي القاضي .
واذا قسمت التركة يوقف نصيب الحمل وهو نصيب ابن واحد على المفتى به . وهذا اذا
كانت الورثة ممن يرثون مع الحمل ، اما اذا كانوا لا يرثون معه فيوقف جميع التركة ولا
يقسم مطلقاً اه . وفيها وان خرج رأس الولد بالولادة وهو يصيح ثم مات قبل ان يخرج
الباقي فلا ميراث له الا ان يخرج اكثر البدن وهو حي اه

﴿ المادة ١١٣٠ ﴾ اذا طلب احد الشركاء القسمة وامتنع الآخر
فعلى ما سيبين في الفصل الثالث والرابع ان كان المال المشترك قابلاً
للقسمة يقسمه الحاكم جبراً والا فلا يقسمه

بل يحكم بالمهاياة ولو لم يطلبها المدعى فلمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٣ تشرين
الثاني ٣١١ مؤداه اذا طلب المدعي قسمة عقار مشترك وتبين اثناء المحاكمة ان هذا
العقار غير قابل القسمة فللمحكمة ان تحكم بوجوب المهاياة وان تجريها بالقرعة الشرعية
ولا يرد عَلَى ذلك ان المدعي طلب القسمة ولم يطلب المهاياة (ج . م . عد ٨٨٤)

ومما يجب الانتباه اليه هو انه اذا طلب احد اصحاب الحصص القسمة فلا يجوز ان تكتفي المحكمة باعطاء الحكم بوجوب القسمة بل يلزم ان تجري القسمة فعلاً وان تحكم بتفريق الحصص واعطاء كل شريك حصته وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١٦ نيسان ٣١٠ (ج٠م٠ عد ٧٧١)

﴿ المادة ١١٣١ ﴾ قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت بالقسمة المنفعة المقصودة منه

والمنفعة المقصودة هي ما كانت قبل القسمة وهي المنفعة المقصودة من العين فالمنفعة المقصودة من الحمام مثلاً الاستحمام ، والمنفعة المقصودة من البيت الصغير السكنى فاذا قسم الحمام والبيت الصغير فاتت المنفعة المقصودة منهما لانهما بعد القسمة لا يصلحان لما كان يقصد منهما اذ لا يصلح الحمام بعد ذلك للاستحمام ولا البيت الصغير للسكنى ولا يقال ان الاول يصلح للسكنى والثاني لربط الدواب فالمنفعة باقية لان هذه المنفعة ليست هي المقصودة من الحمام والبيت وليست هي المنفعة المعهودة التي كانت قبل القسمة

وبناء على ذلك اذا طلب احد الشركا قسمة المخزن المشترك فيجب على المحكمة ان تفحص عما اذا كان المخزن المذكور بعد قسمته لا تفوت المنفعة المقصودة منه بنوع ان يتمكن الشركا من الانتفاع بحصصهم نفس الانتفاع المقصود من المخزن وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١١ تموز ٣١٣ (ج٠م٠ عد ٩٦٣)

الفصل الثالث

في قسمة الجمع

﴿ المادة ١١٣٢ ﴾ تجري قسمة القضاء في الاعيان المشتركة المتحدة الجنس . يعني ان الحاكم يقسمها حكماً بطلب احد الشركاء سواء كانت من المثليات او القيميات

لان القسمة تمييز الحقوق وذلك ممكن في الصنف الواحد كالابل او البقر او الغنم او الثياب او الدواب او الحنطة او الشعير يقسم كل جنس من ذلك على حدة ولو كان

فيها ذكور واناث بل ولو خرج الذكر بنصيب هذا والانثى في نصيب ذاك لان الذكر والانثى من الحيوان جنس واحد (رد محتار عن الجوهرة)

✱ المادة ١١٣٣ ✱ لما كان لافرق ولا تفاوت بين افراد المثليات المتحدة الجنس كانت قسمتها غير مضرة باحد الشركاء ، وفضلاً عن ذلك يكون كل واحد منهم قد استوفى حقه وحصل على تمام ملكه بها . فلو قسمت حنطة مشتركة بين اثنين على حسب الحصص صار كل منهما مستوفياً حقه ومالكاً بالاستقلال ما اصاب حصته من الحنطة . ومن هذا القبيل سبيكة ذهب وزنها كذا درهماً ، او سبيكة فضة وزنها كذا اوقية ، اوقطعة نحاس او حديد وزنها كذا وكذا ، او عدة من اثواب جوخ او بز متحدة الجنس ، او عدد كذا من البيض

والمراد ان المثليات المتحدة الجنس يمكن للقاضي ان يقسمها جبراً بطلب احد الشركا لعدم التفاوت ولوجود المعادلة بالمالية والمنفعة فكانت قسمته على هذا الوجه تمييزاً للحقوق وولاية الاجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز ، كذا يفهم من تعليل الدرر ومجمع الانهر

✱ المادة ١١٣٤ ✱ القيميات المتحدة الجنس وان وجد فرق وتفاوت بين افرادها لكنه لما كان جزئياً صار كأنه لم يكن وعُدت قابلة القسمة ايضاً على ما مر . فان خمسمائة شاة مشتركة بين اثنين اذا قسمت نصفين فكأن كل واحد منهما اخذ عين حقه . ومن هذا القبيل ايضاً مائة جمل ومائة بقرة

✱ المادة ١١٣٥ ✱ لا تجري قسمة القضاء في الاجناس المختلفة . يعني في الاعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات او من

القيميات. يعني لا يسوغ للحاكم ان يقسمها قسمة جمع جبراً بطلب احد الشركاء بان يعطي احدهم مثلاً مقدار كذا حنطة ويعطي الآخر في مقابل مقدار كذا شعيراً او يعطي احدهم غنماً و يعطي الآخر في مقابله كذا ابلاً او بقراً ، او يعطي الواحد سيفاً والآخر سرجاً ، او احدهما داراً والآخر دكاناً او ضيعة ، فذلك لا يجوز بطريق قسمة القضاء

اذ لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة فتعتمد التراضي دون الجبر لان ولاية الاجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة (درر)

اما اذا تراضوا على ذلك فيجوز ان تقسم بينهم على الوجه المشروح قسمة رضى

※ المادة ١١٣٦ ※ الاواني المختلفة باختلاف الصنعة تعد مختلفة الجنس ولو كانت مصنوعة من جنس او معدن واحد

فلو كان لهما قمقمتان من فضة بوزن واحد ولكن الصنعة فيهما مختلفة فلا يقسمها القاضي جبراً . والظاهر انه لو اتحدت الصنعة فيها فيجوز قسمتها جبراً لعدم التفاوت في القيمة قياساً على المادة ١١٣٤ . ولم ارَ من نبّه على ذلك

※ المادة ١١٣٧ ※ الحلى و كبار اللؤلؤ والجواهر هي ايضاً من الاعيان المختلفة الجنس

لفحش التفاوت بين افرادها فلا تقسم جبراً لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة وهو تكميل المنفعة (درر)

اما الجواهر الصغيرة مثل اللؤلؤ الصغير الذي لا تفاوت في قيمته بين افراده واحجار الماس الصغيرة فانها تعد متحدة الجنس

فيجوز من ثم قسمة اثنتي عشرة لؤلؤة صغيرة بين اربعة ،ولكنه لا يجوز في حال من الاحوال ان يعطى احدهما ياقوتاً والآخر لؤلؤاً لاختلاف الجنس حتى في الصغير منهما

﴿ المادة ١١٣٨ ﴾ المتعدد من الدور والدكاكين او الضياع يعد ايضاً مختلف الجنس ، فلا يقسم قسمة جمع

سواء كانت متفرقة او متلازقة في محلة او محلتين او مصر او مصرين (در مختار) وذلك لان المقصود من الدور مختلف باختلاف الجيران والمحال والقرب الى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة (طحطاوي)

فلا يجوز قسمة القضاء بان يعطى احد الشركاء داراً من الدور المتعددة ويعطى الآخر داراً اخرى بل تقسم كل واحدة منها قسمة تفريق على الوجه الاتي

ومثل الدور ، الاراضي فتقسم كل دار وكل ارض على حدة ، ولا يجمع نصيب احدهم في دار واحدة ولا ارض واحدة ، سواء كانتا في مصرين او مصر واحد (خانية) اما البيوت اي الحجر فتقسم قضاً قسمة جمع سواء كانت في محلة او اكثر لان التفاوت بينها يسير (درر ومجمع الانهر)

الفصل الرابع

في قسمة التفريق

﴿ المادة ١١٣٩ ﴾ ان العين المشتركة اذا لم يكن تفريقها وتبعيضها مضراً باحد الشركاء فهي قابلة القسمة . فلو قسمت عرصة وفي كل قسم منها تنشأ الابنية وتغرس الاشجار وتحفر الآبار كانت المنفعة المقصودة من العرصة باقية . ومثلها دار فيها منزلان واحد للرجال وآخر للحرم ففي تفريقها وتقسيمها الى منزلين لا تفوت منفعة السكنى المقصودة من الدار وكل واحد من الشركاء يصير صاحب دار مستقلاً ولذلك تجري قسمة

القضاء في العرصة والمنزل ، بمعنى انه لو طلب احد الشركاء القسمة وامتنع الاخر فالحاكم يقسمها جبراً

يعني اذا انتفع كل من الشركا بنصيبه فالحاكم يقسم جبراً لان في القسمة تكميل المنفعة وكانت حتماً لازماً فيما يحتملها اذا طلب احدهم (درر)

﴿ المادة ١١٤٠ ﴾ اذا كان تبعيض العين المشتركة وتفريقها نافعاً لبعض الشركاء ومضراً بالاخر ، بمعنى انه تفوت عليه المنفعة المقصودة ، ينظر ، فاذا كان الطالب للقسمة المنتفع فالحاكم يقسمها حكماً

مفهومه ان طلب القسمة ذو القليل الذي لا ينتفع وابى ذو الكثير فلا تقسم . وقد صرح بذلك في الملتقى والدرر وغيرها ، ووجهه ان الاول منتفع فاعتبر طلبه ، والاخر متعنت في طلب القسمة حيث يشتغل بما لا ينفعه فلم يعتبر طلبه (مجمع الانهر)

مثلاً اذا كان احد الشريكين في الدار حصته قليلة لا ينتفع بعد القسمة بالسكنى فيها وصاحب الحصة الكثيرة يطلب قسمتها فالحاكم يقسمها قضاء

غير انه يستثنى من ذلك الطريق والمسيل على ما سيأتي في المادتين ١١٤٣ و١١٤٤ . والارض الاميرية اذ لا تقسم اذا فاتت المنفعة على احد الشركاء ومثلها ارض الوقف المتصرف بها بالاجارتين . قال حيدر افندي انه يشترط لقسمتها ثلاثة شروط . الاول ان يتمكن كل شريك بعد القسمة من الانتفاع بحصته الثاني ان تكون القسمة انفع للوقف ، فلو قسمت الى قطعات صغيرة ونقصت بذلك غلتها ، او تدنت قيمتها فلا تصح القسمة . الثالث رضا المتولى فان وجدت هذه الشروط صحة القسمة سواء كانت بالرضاء او القضاء

﴿ المادة ١١٤١ ﴾ لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة اذ كان تبعيضها وقسمتها يضر بكل واحد من الشركا

لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعها بالنقض (درر)

فان الطاحونة مثلاً اذا قسمت لا يبقى في الامكان ان تستعمل كطاحونة وبذلك تفوت المنفعة المقصودة منها فلا يسوغ للحاكم ان يقسمها بطلب احد الشركاء وحده

وكذا لو طلب الشركا كلهم . قال في رد المحتار عن الزيلعي لكن القاضي لا يباشر القسمة اذا تضرر الكل وان طلبوا منه لانه لا يشتغل بما لا فائدة فيه ، ولا يمنعهم منه لان القاضي لا يمنع من اقدم على اتلاف ملكه في الحكم اه

اما بالتراضي فتقسم وكذلك الحمام والبئر والقناة والبيت الصغير

ينبغي تقييد ذلك كله بما اذا كان صغيراً لا يمكن لكل من الشريكين الانتفاع به كما كان ، فلو كبيراً بان كان الحمام ذا خزانتين والرحى ذات حجرين يقسم . وقد افتى في الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهي مشتملة على عودين ومطحنين وبئرين للزيت قابلة للقسمة بلا ضرر مستدلاً بما في خزانة الفتاوى والخلاصة والبزازية لا يقسم الحمام والحائط والبيت الصغير اذا كان بحال لو قسم لا يبقى لكل موضع ليعمل فيه وان كان فيقسم اه

والحائط بين الدارين ايضاً . وكل ما كان محتاجاً الى الكسر والقطع من العروض فهو من هذا القبيل كالحيوان والسرج والعجلة والجبة وحجر الخاتم فلا تجري قسمة القضا في واحد منها

بل ان القاضي حينئذٍ يأمر الشركا بوجه من اثنين ، اما ان يستأجر احدهم حصة البقية ، واما ان يتهايئوا (حامدية)

❊المادة ١١٤٢❊ كما انه لا يجوز تقسيم اوراق الكتاب المشترك لا يجوز ايضاً تقسيم الكتاب المتعدد الاجزاء او الجلود جلداً جلداً

ولكن ينتفع كل بالمهاياة . ولو تراضيا ان ياخذ كل بعضها بالقيمة ، لو كانت بالتراضي جاز والا لا ، ولا تقسم بالاوراق ولو برضاهم (در مختار)

❊المادة ١١٤٣❊ اذا كان الطريق مشتركاً بين اثنين فاكثر وليس

لغيرهم فيه حق اصلاً فطلب احدهم قسمته وامتنع الاخر ينظر فان كان بعد القسمة يبقى لكل ، واحد طريق يقسم والا فلا يقسم جبراً

سواء، كان الطريق بين الشركا على السواء او على التفاضل. وقال بعضهم ان هذا محمول على ما اذا كان الطريق بينهم على السواء ، اما لو كان على التفاضل بحيث لو قسم لا يبقى لصاحب القليل طريق ولا منفذ و يبقى لصاحب الكثير طريق ومنفذ فالقاضي يقسم بينهم اذا طلب صاحب الكثير القسمة كما في مسالة البيت ، ومنهم من قال الطريق لا يقسم في الحالين (هندية) والظاهر ان هذا المقصود من اطلاق المادة. ثم ان المراد بالطريق هنا غير الطريق الخاص الآتي الكلام عليه في المادة ١٢٢٣ لان ذلك الطريق لا يباع ولا يقسم اصلاً ولهذا احترز عنه في المتن بقوله « وليس لغيرهم فيه حق اصلاً »

الا اذا كان لكل واحد طريق ومنفذ غيره فانه في ذلك الحال يقسم

﴿ المادة ١١٤٤ ﴾ المسيل المشترك ايضاً كالطريق المشترك. اي اذا طلب احدهما القسمة وامتنع الاخر ينظر فان كان بعد القسمة يبقى لكل واحد مجرى لمائه او كان لكل ان يتخذ مسيلاً في محل اخر فيقسم والا فلا

ومثل المسيل ساحة الدار فانها ان كانت قابلة القسمة قسمت والا لا (حامدية) وذو بيت من الدار كذي بيوت منها في حق ساحتها (تنوير) فلو كانت الدار مشتملة على ساحة وثلاثة بيوت منها بيت لزيد و بيتان لبكر فان الساحة تقسم بينهما نصفين لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك (حامدية)

﴿ المادة ١١٤٥ ﴾ كما انه يجوز ان يبيع الانسان طريقاً يملكه على ان يبقى له حق المرور ، يجوز ايضاً ان يقتسم اثنان عقارهما المشترك على ان تكون رقبة الطريق المشترك يعني ملكيته لاحدهما ، وللثاني حق المرور فيه فقط

ولو شرطوا ان يكون الطريق في قسمة الدار على التفاوت جاز ، وان كان سهامهم في الدار متساوية ، لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة (تنوير)

﴿ المادة ١١٤٦ ﴾ كما يجوز في قسمة الدار ترك الحائط الفاصل بين الحصتين مشتركاً بين الشريكين تجوز ايضاً القسمة على ان يجعل ملكاً لاحدهما خاصة

الفصل الخامس

في كيفية القسمة

﴿ المادة ١١٤٧ ﴾ المال المشترك ان كان من المكيلات فبالكيل يقسم ، او من الموزونات فبالوزن ، او من العدديات فبالعدد ، او من الذرعيات فبالذراع

﴿ المادة ١١٤٨ ﴾ حيث كانت العرصة والاراضي من الذرعيات فتقسم بالذراع

وان كانت جوانبها متفاوتة في الجودة والرداءة وقيمة عشرة اذرع مثلاً من جانب تساوي قيمة عشرين ذراعاً من الجانب الآخر ، واجرة الرديئة تعادل نصف اجرة الجيدة ، فاقتسماها على ان يكون لاحدهما هذه العشرة وللاخر عشرون فهذه القسمة جائزة ، ويكتفى فيها بالمعادلة من حيث المعنى وهو المالية عند تعذر المعادلة من حيث الصورة بالذرعان (حامدية عن الذخيرة)

واما ما عليها من الاشجار والابنية فيقسم بتقدير القيمة

﴿ المادة ١١٤٩ ﴾ في تقسيم الدار اذا كانت ابنية احدى الحصتين

اغلى ثمناً من الحصة الاخرى وامكن تعديلها باعطاء مقدار من العرصة فبها ،
والا فتعدل بالنقود

الا انه اذا كان بعض الدار وقفاً و بعضها ملكاً فان كانت الدراهم من الواقف جاز وحصة الوقف تبقى وقفاً وما قابل الدراهم يبقى ملكاً له كأنه اشتراه من شريكه بدراهم لان للوقف شروطاً لم يوجد شيء منها في ذلك فلا يصير وقفاً بمجرد ذلك . كما قالوا لو اشترى مستغلاً للوقف من مال الوقف لا يصير وقفاً وان كانت الدراهم من المالك لا يجوز لانه يلزم منه نقض الوقف (حامدية عن الاسعاف)

❊ المادة ١١٥٠ ❊ اذا اريد قسمة دار مشتركه بين اثنين على ان يكون علوها لواحد وسفلها لآخر ، فيقوم العلو والسفل وتقسم باعتبار القيمة

اي يقسم البنا والساحة والقيمة لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر الماء او سرداباً او اصطبلاً او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة (رد محتار)

❊ المادة ١١٥١ ❊ ينبغي للقسام اذا اراد قسمة دار ان يصورها على قرطاس ويمسح بالذراع عرصتها ويقوم ابنيتها ويعادل بين الحصص بحسب انصباء اصحابها ويفرز حق الشرب والمسيل والطريق بحيث لا يبقى لكل حصة تعلق بالاخرى اذا امكن

هذا بيان للافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز (هداية) انظر مادة ١١٦٦

ويلقب السهام بالاول والثاني والثالث ثم يقرع

اي القسام . اما القاضي فيقرع ايضاً تطييباً للقلوب (در مختار) قال في الجوهرة والقرعة ليست بواجبة وانما هي لتطييب الانفس وسكون القلب ولنفي تهمة الميل حتى ان القاضي لو عين لكل واحد نصيباً من غير اقراع جاز لانه في معنى القضا فيملك الالزام (طحطاوي) قلت وليس في المادة ما يخالفه اذ ليس فيها ما يستفاد منه ان القرعة واجبة على القاضي لاسيما وان الكلام فيها على القسام لا على القاضي

فيكون السهم الاول لمن خرج اسمه اولاً والثاني لمن خرج اسمه

ثانياً والثالث لمن خرج اسمه ثالثاً و يسير على هذا الترتيب اذا وجد زيادة حصص

بيان ذلك ارض بين جماعة لاحدهم سدسها ، ولاخر نصفها ، ولاخر ثلثها يجعلها اسداساً اعتباراً بالاقل ثم يلقب السهام بالاول والثاني الى السادس و يكتب اسامي الشركا ويضعها في كم فمن خرج اسمه اولاً اعطي السهم الاول ، فان كان صاحب السدس فله الاول وان كان صاحب الثلث فله الاول والذي يليه ، وان كان صاحب النصف فله الاول واللذان يليانه (رد محتار عن العناية) ومثله في الخانية حيث قال ارض بين ثلاثة للواحد عشرة اسهم ، وللثاني خمسة ، وللآخر سهم واحد ، فطلبوا قسمتها واراد صاحب العشرة ان تقع سهامه متصلة في موضع واحد ولا يرضى بذلك الذي له سهم واحد قسمت الاراضي عَلَى قدر سهامهم ثم يقرع فمن خرج اسمه اولاً اعطي السهم الاول ، فان كان صاحب العشرة فله الاول والتسعة التي تليه ، وان خرج بعد ذلك اسم صاحب الخمسة فله السهم الذي بعد العشرة والاربعة التي تليه ، والسهم الاخير لصاحب السهم الواحد اه ملخصاً

واذا كان الشركا اكثر من اثنين بان كانوا اربعة مثلاً فينبغي للحاكم ان يقسم الارض الى اربع حصص وليس له ان يضم نصيب بعض الشركا الى بعض الا اذا رضوا (حيدر افندي عن البدائع)

❋ المادة ١١٥٢ ❋ التكاليف الاميرية ان كانت لاجل حفظ النفوس فتقسم على عدد الرؤوس

ومن لم يكن ساكنا في القرية لا يلزمه من هذه التكاليف اي الغرامات المتعلقة بتحصين الابدان شيء لان بدنه ليس في القرية (حامدية) . وفيها ليس لاهل القرية ادخال المزرعة الخارجة عن قريتهم في غرامات قريتهم اه

ولا يدخل في دفتر التوزيع النسا ولا الصبيان

لان الغرامات اذا كانت لتحصين الابدان تقسم عَلَى عدد الرؤوس الذين يتعرض لهم لانها مؤنة الراس ولا شيء من ذلك على النساء والصبيان لانه لا يتعرض لهم (خانية)

وان كانت لمحافظة الاملاك فتقسم على مقدار الاملاك لان الغرم بالغنم كما ذكر في المادة ٨٧

وحينئذٍ يدخل الصبيان والنسا كما يرشد اليه تعليل الخانية وغيرها . وفي الحامدية وما يؤخذ من جريمة القتل والخاصمات والمنازعات انما هو لحفظ الابدان لتركهم النصرة وقطع النزاع كما تؤخذ الدية من عاقلة القاتل اه . ومما يتفرع على هذه المادة انه لو خاف المسافرون الغرق فاتفقوا على القاء امتعة ليخف حمل السفينة ، فان قصدوا بذلك حفظ الانفس خاصة فالغرم بعدد الرؤوس لانها لحفظ الانفس ، وان قصدوا حفظ الامتعة فقط كما اذا لم يخشَ على الانفس وخشي على الامتعة بان كان الموضع لا تغرق فيه الانفس وتتلف فيه الامتعة فهي على قدر الاموال ، واذا خشي على الانفس والاموال معاً فالقوا بعد الاتفاق لحفظهما فعلى قدرهما فمن كان غائباً واذن بالالقاء اذا وقع ذلك اعتبر ماله لا نفسه ومن كان حاضراً بماله اعتبر ماله ونفسه ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه فقط (رملي على الاشباه) واقره الحموي وغيره . وفي رد المحتار : و يفهم منه انهم اذا لم يتفقوا على الالقا لا يكون كذلك بل على الملقي وحده . و به صرح الزاهدي في حاو يه حيث قال اشرفت السفينة على الغرق فالقى بعضهم حنطة غيره في البحر حتى خفت يضمن قيمتها في تلك الحال اه . وقوله في تلك الحال متعلق بقيمتها اي يضمن قيمتها مشرفة على الغرق . ثم قال الرملي و يفهم منه انه لا شيء على الغائب الذي له مال فيها ولم يأذن بالالقا فلو اذن بان قال اذا تحققت هذه الحالة فالقوا اعتبر اذنه اه

الفصل السادس

في الخيارات

﴿ المادة ١١٥٣ ﴾ كما يثبت خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في البيع يثبت ايضاً في تقسيم الاجناس المختلفة الجنس . مثلاً اذا قسم المال المشترك بالتراضي بين الشركا على ان يكون لواحد كذا كيلة من الحنطة ولآخر كذا كيلة من شعير او لواحد كذا شاة ولآخر في

مقابله كذا بقرة وشرط الخيار لاحدهم الى ايام معلومة كان له في هذه المدة اما ان يقبل القسمة واما ان يفسخها. وان كان احدهم لم يرَ المال المقسوم فهو بالخيار اذا رآه وان ظهرت حصة بعضهم معيبة قبلها اذا شاء والاّ ردّها

﴿المادة ١١٥٤﴾ خيار الشرط والرؤية والعيب يثبت ايضاً في قسمة القيميات المتحدة الجنس. فلو ان مائة شاة مشتركة قسمت بين اصحابها على قدر حصصهم وكان احدهم قد شرط الخيار لنفسه الى كذا يوماً كان في هذه المدة مخيراً بين القبول وعدمه. وان كان لم يرَ الغنم فهو بالخيار حين يراها. وان ظهر عيب قديم في الغنم التي خرجت بنصيبه كان ايضاً مخيراً فان شاء قبلها وان شاء ردها

﴿المادة ١١٥٥﴾ خيار الشرط والرؤية لا يثبت في قسمة المثليات المتحدة الجنس وانما يثبت فيها خيار العيب. فاذا قسمت صبرة حنطة مشتركة بين اثنين على ان احدهما بالخيار كذا يوماً لا يصح الشرط. واذا كان احد الشريكين لم يرَ الحنطة فلا خيار له متى رآها. اما اذا اعطي احدهم من وجه الصبرة والآخر من اسفلها فظهر اسفلها معيباً فصاحبه بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد

والحاصل ان الخيارات ثلاثة : شرط ورؤية وعيب. ففي قسمة الاجناس المختلفة سواء كانت من القيميات او المثليات وفي قسمة القيميات المتحدة الجنس تثبت الثلاثة وفي قسمة المثليات المتحدة الجنس يثبت خيار العيب فقط

ومن وجد من الشركاء عيباً في شي من قسمه فان كان قبل القبض رد جميع نصيبه سواء كان المقسوم شيئاً واحداً او اشياء مختلفة كما في البيع ، وان كان بعد القبض فان كان المقسوم شيئاً واحداً حقيقة او حكماً كالدار الواحدة او حكماً لا حقيقة كالمكيل والموزون يرد جميع نصيبه وليس له ان يرد البعض دون البعض كما في

البيع وان كان المقسوم اشياء مختلفة كالاغنام يرد المعيب خاصة كما في البيع وما يبطل به خيار العيب في البيع يبطل به في القسمة واذا داوم على سكنى الدار بعد ما علم بالعيب بالدار ردها بالعيب استحساناً واذا داوم على ركوب الدابة لا يردها بالعيب ساقيا واستحساناً . واذا باع ما اصابه بالقسمة من الدار ولم يعلم بالعيب فرده المشتري عليه بذلك العيب فان قبله بغير قضاء قاضٍ فليس له ان ينقض القسمة وان قبله بقضاء قاضٍ فله ان ينقض القسمة وان هدم الشريك شيئاً من الدار ثم وجد به عيباً رجع بنقصان العيب في انصباء شركائه الا ان يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوماً (هندية ملخصاً)

الفصل السابع

في فسخ القسمة واقالتها

﴿ المادة ١١٥٦ ﴾ متى سحبت القرعة تماماً تمت القسمة

﴿ المادة ١١٥٧ ﴾ بعد تمام القسمة لا يسوغ الرجوع عنها

ولكن لو اقتسم الموقوف عليهم الارض الموقوفة بتراضيهم ثم اراد احدهم بعد سنين ابطال القسمة له ذلك لان قسمتها بين الموقوف عليهم لا تصح عند الجميع (رد محتار)

﴿ المادة ١١٥٨ ﴾ في اثناء القسمة اذا خرج اكثر السهام مثلاً وبقي سهم واحد فاراد احد الشركاء الرجوع ينظر ان كانت قسمة رضى له الرجوع وان كانت قسمة قضا فلا يرجع

ولكن نقل في رد المحتار عن النهاية ما يخالفه حيث قال ولو كانت القسمة بالتراضي له الرجوع الا اذا خرج جميع السهام الا واحد لتعين نصيب ذلك الواحد وان لم يخرج اه . ثم رأيت في هامش مرآة المجلة ما يؤيده حيث قال صاحبها ما خلاصته والصحيح انه اذا خرجت سهام البعض وبقي اكثر من واحد وطلب احدهم الرجوع فان كانت قسمة رضا له ذلك وان كانت قسمة قضا لا اما لو خرج سهام الاكثر ولم يبق سوى سهام واحد فلا رجوع سواء كانت قسمة قضا او رضا وقد عرضت هذه

المسألة على جمعية المجلة فاستصوبت كلها ما قلته وقالت لي ان هذا هو مرادنا الا انه وضعت لفظة واحد عوض لفظة البعض سهواً فنبه انت عَلَى ذلك في هامش الكتاب ليعلم ان هذا هو المراد اه

﴿المادة ١١٥٩﴾ لجميع اصحاب الحصص ان يقيلوا القسمة ويقسموها برضاهم بعد تمامها وان يعيدوا المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق

الظاهر ان هذا في قسمة القيميات والمثليات المختلفة الجنس فقط . وقد نبه على ذلك في رد المحتار حيث قال وعلل في الذخيرة بان القسمة في غير المكيل والموزون في معنى المبادلة فكان نقضها بمنزلة الاقالة . اقول والظاهر منه ان القسمة في المثلي لا تنتقض بمجرد التراضي لانها ليست بعقد مبادلة لان الراجح فيها جانب الافراز كما مر . نعم اذا خلطوا ما قسموه من المثلي برضاهم تجددت شركة اخرى اه

﴿المادة ١١٦٠﴾ اذا ظهر الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم ثانية قسمة عادلة

﴿المادة ١١٦١﴾ اذا ظهر دين على الميت بعد قسمة التركة تفسخ القسمة

سواء كان الدين محيطاً بالتركة اولا . اما الاول فظاهر لانه يمنع الملك فيمنع التصرف ، واما الثاني فلتعلق حق الغرما بالتركة شائعاً ولان القسمة مؤخرة عن قضا الدين لحق الميت (حامدية) ومثله اذا ظهر موصى له بالف مرسلة فتفسخ الا اذا قضاها الورثة لتعلق حق الموصى له مرسلاً بمالية التركة بخلاف ما اذا ظهر وارث اخر او موصى له بالثلث او الربع فقال الورثة نقضي حقه ولا نفسخ القسمة فليس لهم ذلك بل تفسخ القسمة لتعلق حق الوارث والموصى له بعين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاها لكن هذا اذا كانت القسمة بغير قاض فلو به فظهر وارث وقد عزل القاضي نصيبه لا تنقض وكذا لو ظهر موصى له في الاصح (تاترخانية)

الا اذا ادّى الورثة الدين او ابرأهم الدائنون منه او ترك الميت مالاً سوى المقسوم يفي بالدين فعند ذلك لا تفسخ القسمة

لزوال المانع (در مختار) ولو اقتسم الورثة التركة وضمنوا الدين للدائن كلهم او بعضهم ان كان الضمان مشروطاً في القسمة فسدت والا فان ضمن احدهم بشرط الرجوع في التركة او سكت ولم يقل على ان لا ارجع فسدت ايضاً وان ضمن على ان لا يرجع في التركة صحت القسمة اذا ادى (حامدية) لان التركة في هذه الصورة تكون قد خلت من الدين بخلاف ما لو بقي للوارث الضامن حق الرجوع فيها٠ وفي رد المحتار اجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين له نقضها وكذا اذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضا الغريم فللغريم نقضها ايضاً الا اذا ضمن الدين احد الورثة بشرط براءة الميت لانها تصير حوالة فينتقل الدين على الوارث وتخلو التركة عنه وهي الحيلة لقسمة تركة فيها دين كما بسطه في البزازية وغيرها اه٠ وفي الخانية لو طلب الورثة من القاضي قسمة التركة واقاموا البينة على موت مورثهم والميراث وعلى الميت دين لغائب فان القاضي لا يقسم فان كان الدين اقل من التركة وسألوا القاضي ان يعزل شيئاً لاجل الدين ويقسم الباقي فالقاضي يفعل ذلك استحساناً الا انه اذا فعل ثم هلك ما عزل لاجل الدين ردت القسمة الا ان يقضي الورثة الدين من حصصهم اه٠ وفيها ميراث بين قوم لم يكن هناك دين ولا وصية فمات احد الورثة وعلى الميت الثاني دين او اوصى بوصية او كان له وارث غائب او صغير فاقتسم الورثة ميراث الميت الاول بغير قضاء كان لغرما الميت الثاني ان يبطلوا القسمة وكذلك لصاحب الوصية والوارث الغائب والصغير لان ورثة الميت الثاني قاموا مقامه ولو كان هو حياً غائباً لم تنفذ قسمتهم عليه فكذا اذا كان ميتاً اه٠ وفيها اقتسم الورثة التركة ثم باع احدهم نصيبه من الآخر او من اجنبي ثم ظهر دين على الميت بطلت القسمة والشرا لانه تصرف من الوارث في التركة فلا ينفذ مع قيام الدين على الموروث اه

ولو ظفر الدائن بعد القسمة بكل الورثة امام الحاكم اخذ دينه من الجميع وان لم يظفر الا باحدهم اخذ مما في يده ما بقي بدينه (انقروي) اي ويرجع هذا الوارث على باقي الورثة بمثل ما يصيبهم من الدين

الفصل الثامن

في احكام القسمة

﴿ المادة ١١٦٢ ﴾ كل واحد من الشركا يصبح بعد القسمة مالكاً لحصته بالاستقلال ولا يبقى لاحدهم علاقة في حصة الآخر

هذا لو كانت القسمة صحيحة · اما الفاسدة فلا تفيد الملك الا بالقبض والمقبوض فيها مضمون بالقيمة كالمقبوض بالشرآ الفاسد (تنوير)

ولكل واحد منهم ان يتصرف في حصته كيفما شاء على الوجه الآتي بيانه في الباب الثالث · فلو قسمت دار بين اثنين فاصاب حصة احدهم البناء وحصة آخر العرصة الخالية ، فصاحبها يفعل بعرصته ما يشاء من حفر البئر والسياق وانشاء الابنية وتعليتها الى حيث شاء ولا يسوغ لصاحب الابنية منعه ولو سد عليه الهواء او الشمس

لان سد الهواء والشمس لا يعد ضررا فاحشاً لانهما ليسا من الحوائج الاصلية انظر المادتين ١١٩٤ و ١٢٠١ · اما لو كان الضرر فاحشاً كسد الضوء بالكلية فانه يمنع انظر المادتين ١٢٠٠ و ١٢٠١

﴿ المادة ١١٦٣ ﴾ تدخل الاشجار في قسمة الارض من غير ذكر وكذا الاشجار مع الابنية في تقسيم الضيعة · يعني في اية حصة وجدت الاشجار والابنية فهي لصاحب تلك الحصة ولا حاجة الى ادخالها بالذكر الصريح حين القسمة او بالتعبير العام كقولهم بجميع مرافقها او بجميع حقوقها ·

ولهذا لو اقتسموا داراً او ارضاً ثم ادعى احدهم في قسم الاخر بناء او نخلاً زعم انه بناه او غرسه لا تسمع دعواه كما في الخانية لدخول البنا والنخل تبعاً · اما لو اقتسموا

شجراً وبنآ فادعى احدهم الارض كلها او بعضها جاز لعدم التبعية لجواز كونه مشتركاً دون الارض . ففي الخلاصة وغيرها او ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني ثمره او اشترى مني لا يكون دفعاً لجواز كون الشجر له والثمر لغيره وهي واقعة الفتوى (رد محتار عن الرملي)

﴿ المادة ١١٦٤ ﴾ الزرع والفاكهة لا يدخلان في قسمة الارض والضيعة الا بصريح الذكر بل يبقيان مشتركين كما كانا سواء ذكر التعبير العام حين القسمة كقولهم بجميع حقوقها او لم يذكر

لان الثمر والزرع ليسا من الحقوق . وهل المقصود بالتعبير العام جميع حقوقها فقط او غيره ايضاً الظاهر الاول لما قدمناه في شرح المادة ٢٣٥ من انه لو قال بكل قليل او كثير هو فيها او منها دخل الزرع والثمر . ويؤيده ما في الهندية والخانية ونصه: ولو ذكروا في القسمة بكل قليل او كثير هو فيها او منها ان قال بعد ذلك من حقوقها لا يدخل الثمر والزرع ، وان لم يقل من حقوقها تدخل اه . اذ يفهم حينئذٍ ان القليل والكثير مما سوى الحقوق فيتناول حينئذٍ الثمر والزرع بخلاف ما لو قال من حقوقها اذ المراد حينئذٍ القليل والكثير من الحقوق وهي لا تتناول الثمر والزرع

﴿ المادة ١١٦٥ ﴾ حق الطريق والمسيل في الارض المجاورة للمقسوم داخل في القسمة على كل حال . يعني في اية حصة وقع فهو من حقوق صاحبها سواء قيل بجميع حقوقها حين القسمة او لم يقل

﴿ المادة ١١٦٦ ﴾ اذا شرط حين القسمة ان تكون طريق حصته او مسيلها في الحصة الاخرى فالشرط معتبر

وكذا اذا شرط ايضاً ان يبقى الطريق مشتركاً بينهما جاز . واذا اقتسما الدار وابقيا الطريق مشتركاً بينهما فينبغي ان يترك قدر علو الباب من الهواء مشتركاً ويقسم ما فوق علو الباب حتى لو خرج في نصيب احدهما البنا الذي فوق الباب فاخرج فيه جناحاً جاز له ذلك لانه مقسوم بينهم فصار بانياً في خالص حقه . بخلاف ما لو بنى فيما دون علو الباب اذ لا يجوز لان قدر طول الباب من الهواء مشترك والبناء على الهواء

المشترك لايجوز الا برضا الشركا ٠ ثم انه اذا اختلفا في مقدار عرض الطريق المشترك في الارض يقدر بقدر ممر الثور ، وفي الدار بقدر عرض باب الدار الاعظم بارتفاعه اي يترك للطريق من الهواء بقدر ارتفاع الباب فيبني فيما فوقه لا فيما دونه كما تقدم (تنوير ورد المحتار)

﴿ المادة ١١٦٧ ﴾ اذا كان طريق حصة في حصة اخرى ولم يشترط بقاؤه حين القسمة، فان امكن صرفه وتحويله الى جانب آخر صرف وحوّل اليه سوا قيل حين القسمة بجميع حقوقها او لم يقل ٠ اما اذا كان الطريق غير قابل التحويل الى جانب آخر فينظر ان قيل حين القسمة بجميع حقوقها فالطريق داخل يبقى على حاله ، وان لم يذكر التعبير العام كقولهم بجميع حقوقها تنفسخ القسمة ٠ والمسيل في هذا الخصوص كالطريق بعينه

انما تنفسخ القسمة لان الحصة بقيت بدون طريق لعدم ادخاله بالنص او بذكر الحقوق وهذا اذا لم يكن صاحب الحصة عالماً به وقت القسمة ٠ اما لو كان عالماً ان حصته لا طريق لها فلا تفسخ القسمة لانه علم بالعيب ورضي به (هندية) ثم اذا فسخت القسمة تستأنف على وجه يتمكن كل منهما من ان يجعل لنفسه طريقاً ومسيلاً لقطع الشركة ٠ بقي ما اذا لم يمكن ذلك اصلاً وان استؤنفت فكيف يفعل الحاكم الظاهر انها تستأنف ايضاً لاشرط فيها (رد محتار)

﴿ المادة ١١٦٨ ﴾ دار مشتركة بين اثنين وفيها طريق لصاحب دار اخرى فارادا قسمتها ليس لصاحب الطريق منعهما لكنهما يتركان طريقه حين القسمة على حاله ٠ واذا بيعت هذه الدار المشتركة مع طريقها ايضاً باتفاق الثلاثة وكان هذا الطريق مشتركاً بينهم فثمنه ايضاً يقسم اثلاثاً بينهم ٠ وان كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار ولذلك الآخر حق المرور فكل واحد يأخذ حقه هكذا : تقوّم العرصة مع حق المرور

وخالية عنه فالفضل بين الوجهين لصاحب حق المرور والباقي لصاحبي الدار · والمسيل ايضاً كالطريق· يعني اذا كان لواحد حق مسيل في دار مشتركة فعند قسمة الدار بينهما يترك المسيل على حاله

واذا أسقط صاحب المسيل او صاحب الطريق حقه ينظر فان كان له حق التسييل وحق المرور فقط سقط حقه· اما اذا كان له رقبة المسيل او رقبة الطريق فلا يسقط لان ملك العين لا يبطل بالابطال (خانية)

﴿ المادة ١١٦٩ ﴾ اذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب المنزل يمر فيها فاراد اصحاب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم منها ولكنهم يتركون له حين القسمة طريقاً يقدر عرضه بقدر عرض باب المنزل

هذا اذا لم يكن له طريق معلوم في مكان معين اذ يلزمهم حينئذٍ ترك هذا الطريق على حاله ضاق او اتسع (خانية)

﴿ المادة ١١٧٠ ﴾ دار قسمت بين اثنين وبين الحصتين حائط مشترك عليه رؤوس جذوع لاحدهما ورؤوسها الاخرى على حائط اخر فان شرط حين القسمة رفعها عن الحائط المشترك ترفع والا فلا · وكذا الحكم في حائط بين قسمين وعليه رؤوس جذوع فاقتسماه على ان يكون لاحدهما وللآخر الجذوع، اي ان شرطا رفع الرؤوس حينما تقاسما ترفع والا تبقى على الحائط الذي خرج بنصيب الاخر

لان الذي خرجت الجذوع في حصته استحقها بالقسمة على هذا الوجه اي ورؤوسها على الحائط حتى لو حرقت او تلفت كان لصاحبها ان يضع غيرها

﴿ المادة ١١٧١ ﴾ اغصان الاشجار الواقعة في حصته اذا كانت مدلاة على الحصة الاخرى فان لم يكن قد شرط قطعها حين القسمة فلا تقطع ·

جبراً على صاحبها لانه استحق الشجرة باغصانها على هذه الحالة (طحطاوي)

(المادة ١١٧٢) قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق خاص فلكل واحد من اصحاب الحصص ان يفتح شباكاً وباباً الى ذلك الطريق وليس لسائر اصحاب الطريق منعه

نقل هذه المسالة في رد المحتار عن منية المفتي ثم قال ينبغي تقييده فيما اذا اراد الشركا فتح الابواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده كما قدمناه آنفاً عن الخيرية من التعويل على ما في المتون نعم على القول الثاني المصحح ايضاً لا تفصيل اه٠ وما قدمه عن الخيرية سنذكره في شرح المادة ١٢١٩٠ قلت ومبنى الخلاف ان الذي له حق المرور في الطريق الخاص انما يملك المرور من اول الطريق حتى باب داره وليس له ان يتجاوزه الى اسفل من ذلك لجهة منتهى الطريق ولهذا لو اراد ان يفتح لداره باباً آخر اسفل من بابها الاول ليس له ذلك٠ وعلى هذا مشى اصحاب المتون واعتمده بعض المحققين كقاضيخان والخير الرملي وقالا انه ظاهر الرواية ، وقال غيرهم بل له ذلك وصحح٠ وانما المعتمد القول الاول كما ستري في شرح المادة ١٢١٩ غير انه يمكن ان يقال ان اطلاق المادة بقولها « ان يفتح شباكاً وباباً الى ذلك الطريق » يشعر باختيار القول الثاني والله تعالى اعلم

(المادة ١١٧٣) اذا بنى احد الشركا لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الاخرين ثم طلب الاخرون القسمة تقسم ، فان خرج ذلك البنا في نصيب بانيه فبها، وان خرج في نصيب الاخر فله ان يكلف بانيه هدمه ورفعه

والغرس مثل البنا (رد محتار)٠ وكذا الحكم لو بنى باذن شركائه لنفسه لانه مستعير لحصتهم وللمعير الرجوع متى شاء٠ اما لو بنى باذنهم للشركة فانه يرجع بحصته عليهم بلا شبهة (رملي) راجع المادة ٨٣١ ثم انه اذا نقصت الارض بالقلع هل يضمن الباني او الغارس نقصان الارض ؟ في فتاوى قارئ الهداية نعم٠ ولكن تقدم في كتاب الغصب متناً ان من بنى او غرس في ارض غيره امر بالقلع وللمالك ان يضمن له قيمة بنا او غرس امر بقلعه ان نقصت الارض به٠ والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك (رد محتار) راجع المادة ٩٠٦ وشرحها

الفصل التاسع

في المهايأة

﴿ المادة ١١٧٤ ﴾ المهايأة هي قسمة المنافع

والقياس انها لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها، لكن جازت استحسانًا بالاجماع والفرق بينها وبين القسمة ان في القسمة تجمع المنافع في زمان واحد، وفي المهايأة تجمع على التعاقب (مجمع الانهر) . وفي رد المحتار افاد في التاترخانية ان تهايؤ المستاجرين صحيح غير لازم اهـ. ومثله في الحامدية حيث قال عن السائحاني ما نصه : مستاجر حصة في عقار يريد التهايؤ لزومًا على المالك او المستاجر الاخر ليس له ذلك كما افاده الخير الرملي . ثم قال بعد ذلك وحاصله ان تهايؤ المستاجرين او المستأجر مع المالك بان استأجر بعض عقار شائعًا صحيح ولكن لا يكون على طريق الجبر واللزوم اذا امتنع عنه احدهما واذا تراضيا فهو صحيح غير لازم بمعنى ان لكل منهما فسخ المهايأة ولو بلا عذر اهـ. قلت ولكن للعلامة الشهير المرحوم محمود افندي حمزه مفتي دمشق سابقًا رسالة سماها كشف الستور عن صحة المهايأة في المأجور استظهر فيها ، بالاستناد الى عدة نقول، جواز المهايأة في المأجور جبرًا بحكم الحاكم . وقال في كل موضع يجبر على قسمة الاعيان يجبر ايضًا على قسمة المنافع ، وفي كل موضع لا يجبر على قسمة الاعيان لا يجبر على قسمة المنافع . روي ذلك حيدر افندي وايده

﴿ المادة ١١٧٥ ﴾ المهايأة لا تجري في المثليات

اذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ولانها قابلة القسمة فلا حاجة الى المهايأة

بل في القيميات التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها

كالدار والارض والحيوان . خرج التي لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثمر ولبن الحيوانات وصوفها كما ياتي في المادة ١١٨٧

﴿ المادة ١١٧٦ ﴾ المهايأة نوعان: النوع الاول المهايأة زمانًا كما لو تهايأ اثنان على ان يزرعا الارض المشتركة بينهما هذا سنة والاخر سنة

او على ان يسكنا الدار المشتركة كل منهما سنة بطريق المناوبة

وهذا النوع متعين حتماً في الجنس الواحد الذي لا يمكن تجزئته كالدابة الواحدة والبيت الصغير اذ لا يمكن المهايأة في ذلك مكاناً كما لا يخفى

النوع الثاني المهايأة مكاناً . كما لو تهايأ اثنان في الارض المشتركة على ان يزرع احدهما نصفها والاخر نصفها الاخر . او في الدار المشتركة على ان يسكن احدهما في جانب والاخر في الجانب الاخر . او احدهما في علوها والاخر في السفل . او في الدارين المشتركتين على ان يسكن احدهما في الواحدة والاخر في الاخرى

ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامر القاضي بان يتفقا لانه في المكان اعدل لانتفاع كل في زمان واحد وفي الزمان اكمل لانتفاع كل بالكل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة (رد محتار) . قال حيدر افندي وقد استظهر محمود افندي حمزه من الكتب الفقهية جواز الاجبار على التهايؤ زماناً لا مكاناً عند عدم اتفاقهما اه . قال الرملي ولو تشاحا في تعيين المدة مثلاً بان قال احدهما سنة بسنة وقال الاخر شهراً بشهر، لم اره والظاهر تفويضه للقاضي . ولا يقال يامرهما بالاتفاق كالاختلاف من حيث الزمان والمكان لان مع كل وجهاً بخلافه هنا . وان قيل يقدم الاقل حيث لا ضرر بالاخر لانه اسرع وصولاً الى الحق فله وجه تأمل (رد محتار ملخصاً)

﴿المادة ١١٧٧﴾ كما تجوز المهايأة في الحيوان المشترك على استعماله بالمناوبة كذلك تجوز ايضاً في الحيوانين المشتركين، على ان يستعمل احدهما هذا والاخر الاخر

يجوز ذلك برضا الشركا . وللقاضي ايضاً ان يجبرهم عليه بطلب احدهم انظر المادة ١١٨١ . والظاهر ان تخصيص المهايأة بالاستعمال احتراز عن المهايأة للاستغلال، فانها في الحيوان الواحد غير جائزة بالاتفاق ، وفي الحيوانين غير جائزة على قول الامام (هندية ورد محتار)

﴿ المادة ١١٧٨ ﴾ المهايأة زماناً نوع مبادلة فتكون منفعة احد الشركاء في نوبته قد أُبدلت بمنفعة حصة الاخر في نوبته. فالمهايأة زماناً هي من هذه الجهة في حكم الاجارة ولذا يلزم فيها ذكر المدة وتعيينها مثل كذا يوماً او كذا شهراً

﴿ المادة ١١٧٩ ﴾ المهايأة مكاناً نوع افراز فمنفعة الشريكين في دار مشتركة شائعة يعني شاملة لكل جزء من اجزائها فالمهايأة تجمع منفعة احدهما فى قطعة من تلك الدار ومنفعة الاخر في قطعة اخرى ولهذا لا يلزم ذكر المدة وتعيينها فى المهايأة مكاناً

ويجوز لكل منهما ان يؤجر ما اصابه بالمهايأة، شرط ذلك في العقد او لا لحدوث المنافع على ملكه (درر)

﴿ المادة ١١٨٠ ﴾ كما انه ينبغي اجراء القرعة فى المهايأة زماناً لمعرفة من يجب ان يبتدئ بالانتفاع من اصحاب الحصص كذلك في المهايأة مكاناً ينبغي تعيين المحل بالقرعة ايضاً

﴿ المادة ١١٨١ ﴾ اذا طلب المهايأة احد اصحاب الاشياء المشتركة المتعددة وامتنع الآخر، فان كانت الاعيان المشتركة متفقة المنفعة فالمهاياة جبرية، وان كانت مختلفة المنفعة فلا جبر. مثلاً داران مشتركتان طلب احد الشريكين المهايأة على ان يسكن هو احداهما والاخر الاخرى، او حيوانان على ان يستعمل احدهما واحداً والاخر الاخر وامتنع شريكه فالمهايأة جبرية

وكذا لو طلب احدهما المهاياة في غلة الدار او الدارين زماناً بان ياخذ كل منهما غلة شهر، او مكاناً بان ياخذ هذا غلة هذه الدار والاخر غلة تلك فالمهايأة جبرية على

الاصح (در مختار) بخلاف ما لو تهايآ في غلة الحيوان او الحيوانين فانها لا تجوز ولو بالتراضي (درر)

اما لو طلب احدهما المهايأة على ان يسكن هو الدار والاخر يؤجر الحمام، او على ان يسكن هو الدار ويزرع الاخر الارض، وابى شريكه فلا يجبر. اما لو تراضيا على ذلك جاز

﴿ المادة ١١٨٢ ﴾ اذا طلب القسمة احد اصحاب المال المشترك القابل للقسمة وطلب الاخر المهايأة تقبل دعوى القسمة. ولو لم يطلب احدهم القسمة وانما طلب المهايأة واحد منهم وامتنع الاخر فانه يجبر على المهاياة

والمعنى انه عند الاختلاف في الطلب يرجح طالب القسمة لانها اقوى من المهايأة في استكمال المنفعة

﴿ المادة ١١٨٣ ﴾ اذا طلب المهايأة احد الشريكين في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الاخر يجبر على المهايأة

هذا لا ينافي ما مر في المادة ١١٨١ من انه لو كانت الاعيان المشتركة مختلفة المنفعة لا يجبر الشريك الآبي على المهايأة لان الكلام هناك فيما اذا كانت الاعيان المشتركة متعددة وهنا فيما اذا كانت العين واحدة

﴿ المادة ١١٨٤ ﴾ كل ماينتفع الناس به من سفينة مشتركة او عقار مشترك كالطاحون وبيت القهوة والخان والحمام يؤجر من طالبيه وتقسم اجرته بين الشركاء على قدر سهامهم وان امتنع احدهم عن ايجار حصته يجبر على المهاياة. ولكن اذا زادت غلة الماجور اي اجرته في نوبة احدهم فتقسم تلك الزيادة بين اصحاب الحصص

لان المهايأة هنا حصلت ابتداء على الاستغلال لا على استيفاء المنافع انظر مادة ١١٨٦

﴿ المادة ١١٨٥ ﴾ كما يجوز لكل واحد من الشركا بعد المهايأة زمانًا ان يستعمل بنفسه العقار المشترك في نوبته او يستعمل بعد المهايأة مكانًا القطعة التي خرجت في حصته يجوز له ايضًا ان يؤجر ذلك من آخر و ياخذ الاجرة لنفسه

وليس لشريكه ان يقاسمه الاجرة . ولكن اذا نقصت الدار بالسكنى هل لشريكه ان يضمنه حصته من قيمة النقصان ؟ لم اره صريحًا والظاهر ان ليس له ذلك لانه لما جاز له ان يؤجرها لم يكن متعديًا . ثم رأيت في رد المحتار عن التاترخانية ما يؤيده حيث قال ولو تهايأا في منزل او في خادمين فعطب احد الخادمين او انهدم المنزل من السكنى او احترق من نار اوقدها فلا ضمان اه

﴿ المادة ١١٨٦ ﴾ اذا حصلت المهايأة على استيفاء المنافع ابتداءً فآجر الشركا في نوبتهم وكانت غلة احدهم في نوبته اكثر من غلة الاخر فليس لباقي الشركاء مشاركته في الزيادة

لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال (مجمع الانهر) ونقل مثله في رد المحتار عن الهداية ثم قال اقول ظهر من هذا ان زيادة الغلة في نوبة احدهما لا تنافي صحة المهايأة والجبر عليها اه

اما اذا كانت المهايأة على الاستغلال من اول الامر كما اذا تهايأا على ان يأخذ كل منهما اجرة الدار المشتركة شهرًا فالزيادة مشتركة بينهما . لكن اذا حصلت المهايأة على ان يأخذ احدهما غلة هذه الدار والاخر غلة الدار الاخرى وكانت غلة احدى الدارين اكثر فلا يشاركه الاخر

وانما كانت الزيادة مشتركة في صورة التهايؤ على الاستغلال لتحقق التعديل (مجمع الانهر) راجع شرح المادة ١١٨١

﴿ المادة ١١٨٧ ﴾ لا تجوز المهايأة على الاعيان

وذلك لان التهايوء مختص بالمنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها لسرعة فنائها بخلاف الاعيان فانها قابلة للقسمة (درر)

فلا تصح المهايأة على ثمر الاشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها ، على ان يتناول احد الشريكين ثمرة كذا شجرة والاخر ثمرة كذا وكذا منها ، او يأخذ احدهما لبن قطيع من الغنم المشترك وصوفه والاخر لبن قطيع آخر وصوفه لان الثمر واللبن والصوف من الاعيان

وكذا لو تهايأا في بقرة على ان تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها كان باطلاً (خانية) . والحيلة في المهايأة في الاعيان التي لا تصح فيها المهايأة ان يشتري احد الشريكين حظ شريكه من الشجرة والشاة مثلاً ، وبعد مضي نوبته يبيع حصته وما اشتراه من شريكه لشريكه . والانتفاع بلبن الشاة حيلة ثانية وهي ان ينتفع بلبنها بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز وذلك بان يزن ما يحلبه كل يوم حتى تفرغ المدة ثم يستوفي صاحبه مقداره في نوبته — كذا في الدر المختار وحاشيته رد المحتار

❊ المادة ١١٨٨ ❊ وان جاز لاحد الشريكين فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي الا انه اذا آجر احدهما في نوبته من آخر فلا يبقى لشريكه ان يفسخ المهايأة ما لم تنقض مدة الاجارة

اي انه يجوز لاحد الشريكين فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي بعذر وبدونه كما هو ظاهر الرواية نص عليه في الخانية . الا انه لو اجر احدهما نوبته لاخر فليس لشريكه فسخ المهايأة قبل انقضاء مدة الاجارة لتعلق حق المستأجر راجع المادة ٤٦

❊ المادة ١١٨٩ ❊ وان لم يجز لواحد من الشركا ان يفسخ المهايأة الجارية بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضي

❊ المادة ١١٩٠ ❊ اذا اراد احد الشركا ان يبيع حصته او يقسمها فله فسخ المهايأة

اذا كان المال المشترك قابلاً للقسمة وهذا اذا كانت المهايأة بقضاء الحاكم اما لو كانت بالتراضي فله فسخها بدون عذر كما قدمنا في شرح المادة ١١٨٨

اما لو اراد فسخها ليعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب فالحاكم لا يسمح له بذلك

لانه لو فعل ثم جاء الاخر يطلب المهايأة كان على القاضي ان يجيبه فلا فائدة من فسخها ثم استئنافها

﴿ المادة ١١٩١ ﴾ لا تبطل المهايأة بموت احد اصحاب الحصص او كلهم

لانها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف (مجمع الانهر)

الباب الثالث

في المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران و يشتمل على اربعة فصول

الفصل الاول

في بعض قواعد في احكام الاملاك

﴿ المادة ١١٩٢ ﴾ كل يتصرف في ملكه كيف شاء لكن اذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه بوجه الاستقلال . فلو كان السفل لواحد ، والعلو لآخر ، فلصاحب العلو حق القرار على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو . يعني حق الستر من الشمس والتحفظ من المطر ولهذا ليس لاحدهما ان يفعل شيئاً مضراً الا باذن الاخر

راجع المادة ٤٦ . وعليه فليس لذي العلو ان يبني على العلو شيئاً او يضع عليه جذوعاً او يحدث كنيفاً اذا كان ذلك يضر بالسفل ، وان فعل يهدم ما احدثه كما في الحامدية والخيرية . وكذا ليس لذي السفل ان يفتح فيه باباً او كوة اذا كان ذلك

يضر بالعلو . والحاصل ان لكل منهما فعل ما لا يضر بالاخر ، وهذا قول الامامين وعليه جرت جمعية المجلة . وقال الامام يمنع مطلقاً الا اذا كان تصرفاً لا يشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير او وسط ، ا . ه اذا اشكل انه يضر ام لا فعند الامام يمنع وهو المختار كما في الخانية وجامع الفصولين

ولا ان يهدم بناء نفسه

فلو هدم ذو العلو علوه اجبر عَلَي بنائه اذا طالبه ذو السفل بذلك (حامدية) . واذا هدم ذو السفل سفله اجبر على بنائه ايضاً لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو (رد محتار) . قلت وقرار العلو ليس بشرط اذ لو كان لرجل حق الانتفاع فقط بسطح السفل كالاستطراق والمرور ونشر الامتعة فليس لصاحبه ان يهدمه وان فعل وطالبه الاخر ببنائه اجبر عليه كما في الحامدية عن جامع الفصولين ، كذلك انظر شرح المادة ١١٩٨ ، وفي الخانية رجل هدم داره وامتنع عن العمارة وذلك يضر بالجيران فان قدر على بنائه فله اخذه ليرد الضرر عنهم اه . وفي جامع الفصولين له دار في محلة عامرة فاراد ان يخربها فله ذلك قياساً لا استحساناً وبه افتى حي وقال فش الفتوى اليوم على القياس . ولو هدم بيته ولم يبنه وجيرانه يتضررون به فلهم جبره على البنا لو قادراً عَلى البنا . وقال حش المختار انه لا يجبر اذ المرء لا يجبر على بناء ملكه

✵ المادة ١١٩٣ ✵ اذا كان باب العلو والسفل على الجادة واحداً فصاحباهما يستعملان الباب مشتركاً وليس لاحدهما ان يمنع الاخر من الخروج والدخول

اذ لكل ان يتصرف بملكه كيف شاء وان كان ممر صاحب العلو في عرصة السفل فليس لذي السفل ان يمنعه عن المرور بها كما سيأتي في المادة ١٢٢٥ . وكذا لو شرى بيتاً في منزل فليس للبائع ان يمنعه عن الدخول من باب المنزل ويقول له افتح لبيتك باباً على الجادة (معين الحكام)

✵ المادة ١١٩٤ ✵ كل من ملك محلاً صار مالكاً ما فوقه وما تحته ايضاً . يعني انه يتصرف في العرصة التي هي ملكه بالبنا والتعلي عليه كما يشا وسائر

التصرفات كحفر ارضها لاقامة المخزن والتعمق في حفرها كما يشاء لانشاء البئر ولیس لجاره ان يمد قناة تحت ارضه او يحفر فيها سياقاً وان لم يضر بها لانه تصرف في ملك الغير بدون اذنه راجع المادتين ٤٩و٩٦

﴿المادة ١١٩٥﴾ من احدث في داره بيتاً ليس له ان يبرز رفرافه على هواء دار جاره ، فان ابرزه يقطع منه ما جاء على هوآء تلك الدار

وان لم يضر به لانه تصرف في ملك الغير بدون اذنه . وكذا ليس ايضاً لاحد الشريكين ان يبرز رفرافه على الهواء المشترك ، او ان يبني فيه شيئاً بدون اذن شريكه راجع المادة ١١٦٦

﴿المادة ١١٩٦﴾ من امتدت اغصان شجر بستانه الى دار جاره او بستانه فلجاره ان يكلفه تفريغ هوائه بالربط او القطع

اي اذا امكن تفريغ الهواء من الاغصان بربطها فللجار ان يطالب صاحب الشجرة بالربط لا بالقطع ، والا طالبه بالقطع ، وان امكنه مد بعض الاغصان الى الشجرة وربطها فليس له ان يطالبه بقطع ذلك البعض كذا في فتاوى علي افندي . وكذا لو شرى بستاناً وكانت اغصان شجر بستان آخر للبائع مدلاة فوق البستان المبيع فللمشتري ان يكلف البائع ربط الاغصان المدلاة او قطعها (جامع الفصولين) ولا تقاس هذه المسئلة على المسئلة الواردة في المادة ١١٧١ . ونقل علي افندي عن العمادية والبزازية ما خلاصته « واذا قطع صاحب الدار اغصان الشجرة بدون اذن مالكها او امر القاضي ، فان كان يمكن تفريغ الدار من الاغصان بشدها وربطها ضمن القاطع ، وان كانت الاغصان غليظة لا يمكن ربطها فان قطع من موضع لا يكون القطع من موضع اخر اعلى منه او اسفل انفع في حق المالك فلا ضمان ، وان قطع من موضع اخر اعلى منه او اسفل انفع في حق المالك فهو ضامن اه . وفي الخانية له اشجار على ضفة نهر له في دار رجل فدخلت عروق الشجرة في دار الجار فعليه قطعها ، فان لم يقطعها كان للجار قطعها من غير ان يرفع الامر الى القاضي اه

اما اذا ادعى الجار ان ظل الشجرة مضر بمزروعات بستانه فلا تقطع الشجرة

وفي الخانية ما خلاصته ٠ ولو كان لرجل شجرة على ضفة نهر له فدخلت الماء في عروق الشجرة من هذا النهر الى دار جاره ، قالوا ان لم يغرس الشجرة في حريم النهر لا يؤمر بقلعها اهـ ٠ ولعل هذا فيما اذا كان لا يخشى الضرر على البنا لانه سياتي في المادتين ١١٩٧ و١١٩٩ انه يمنع المالك من التصرف في ملكه اذا اضر بغيره ضرراً فاحشاً وان من جملة الضرر الفاحش ما يضر بالبناء ويجلب عليه وهناً ويكون سبباً في انهدامه

❊ المادة ١١٩٧ ❊ لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابداً الا اذا اضرّ بغيره ضرراً فاحشاً كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني

هذا استحسان ، والقياس ان من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه وان اضر بغيره لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضرراً بيناً (رد محتار) ٠ قال في الدر المختار بقي لو اشكل هل يضر ام لا وقد حرر محشي الاشباه (اي الشيخ صالح) المنع قياساً على مسالة السفل والعلو انه لا يتد اذا اضر وكذا ان اشكل على المختار للفتوى فكذا تصرفه في ملكه ان اضر او اشكل يمنع وان لم يضر لا يمنع اهـ ٠ ولكن اعترضه في رد المحتار بقوله ان هذا غير مسلم لانك علمت ان اصل المذهب في هذه المسالة عدم المنع مطلقاً لكونه تصرفاً في خالص ملكه ٠ وخالف المشايخ اصل المذهب فيما اذا كان الضرر بيناً ولا يخفى ان التقييد بالبيّن مخرج للمشكل فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين وقياسه على المشكل في مسالة العلو والسفل غير صحيح لان المتون الموضوعة لنقل المذهب ماشية على منع التصرف فيها عكس مسالتنا ٠ وذكر بعض المشايخ ان المختار تقييد المنع بالمضر او المشكل وما ذاك الا لكونه تصرفاً فيما للجار فيه حق وهو صاحب العلو فالاصل فيه عدم جواز التصرف الا باذنه بخلاف مسالتنا هذه فان الاصل فيها الجواز لكونه تصرفاً في خالص حقه فالحاق المشكل فيها بالمشكل في الاولى غير صحيح اهـ

فرع : دار الى جنب ارض رجل فبنى صاحب الارض في ارضه واراد ان يلزق حائطه بحائط الدار ومنعه صاحب الدار عن ذلك فان الزقه بالدار بحيث لو سقط حائط الدار لا يسقط حائط الثاني كان لصاحب الارض ان يلزق حائطه به وان كان لو سقط حائط الدار يسقط حائط الثاني لم يكن لصاحب الارض ان يلزقه بحائط الدار وان كان اصل حائط الدار ذراعين واعلاه شبراً لم يكن لصاحب الارض ان يبني ويلزقه بالدار (خانية)

الفصل الثاني

في المعاملات الجوارية

﴿ المادة ١١٩٨ ﴾ لكل واحد التعلي على حائط يملكه و بناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً

قال في الحامدية : لرجل مسيل على سطح جاره فاراد جاره ان يعلي السطح او يبني عليه له ذلك وليس للجار الذي له المسيل منعه لكن يطالبه حتى يسيل مائه الى طرف الميزاب وان هدم السطح او هدمه المالك ليس لجاره ان يكلفه بالعمارة لاجل اسالة المياه لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع (خلاصة و بزازية)٠ اقول، تقدم ان صاحب السفل لو هدم سفله فلذي العلو ان يجبره على البنا لانه فوت عليه حق الانتفاع الملحق بالملك بخلاف ما اذا انهدم السفل بدون فعله فقوله هنا "او هدمه المالك الخ" مخالف لما مر حيث سوّى هنا بين الهدم والانهدام فاما ان يكون ١٠ هنا قولاً اخر او يخص ما مر بغير المسيل فتأمل اه راجع ايضاً شرح الفقرة الاخيرة من المادة ١١٩٢

﴿ المادة ١١٩٩ ﴾ الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى او يضر البناء بان يجلب عليه وهناً و يكون سبب انهدامه

فيعد ضرراً فاحشاً ما تضر رائحته بالجيران فلو نصب منوالاً لاستخراج الابريسم من الفيلق فللجيران المنع اذا تضرروا بالدخان ورائحة الديدان (علي افندي عن القنية)

﴿ المادة ١٢٠٠ ﴾ يدفع الضرر الفاحش باي وجه كان٠ مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد او طاحون و كان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء او احدث في جانبها فرن او معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى فهذا كله ضرر فاحش يدفع و يزال باي وجه كان

يراد بالفرن هنا الفرن الدائم نبه عليه في رد المحتار نقلاً عن الرازي وذلك احترازاً عن التنور المعتاد في البيوت فانه لا يمنع. وكذا لو دبغ في داره وتأذى الجيران ان على الدوام يمنع وعلى الندرة يتحمل منه (در مختار). وكذا لو اتخذ داره حماماً ويتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران (جامع الفصولين). وفي رد المحتار لو كان الحمام لا يضر الا بالنداوة فلا يمنع صاحبه من اتخاذه لانه يمكن لجاره ان يبني حائطاً بين ملكه وبين الحمام. وصحح النسفي في الحمام ان الضرر لو فاحشاً يمنع ، والا لا اه

وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها خرقاً الى طاحونه وجري الماء يوهن جدار الدار او اتخذ واحد في اساس جدار جاره مزبلة والقاء القمامة يضر بالجدار فلصاحب الجدار ان يكلفه رفع الضرر

وكذا اذا اتخذ في ملكه بئراً او بالوعة فنز منها حائط جاره فلجاره ان يجبره على رفع الضرر اي لو كان يمتنع الضرر باحكام البنا بالمؤن والكلس ينبغي ان يؤمر به فلو لم يفعل او لم يمكن امر برفعه (حامدية) ولكن لو لم يمنعه جاره حتى سقط حائطه فلا ضمان عَلَى حافر البئر والبالوعة (تنوير) لانه متسبب غير متعدٍ لكونه حفر في ملكه والمتسبب لا يضمن الا بالتعدي لكن اذا تقدم اليه جاره باحكام البنا حتى لا يسري الماء ولم يفعل ضمن كالاشهاد على الحائط المائل والا لا قال الخير الرملي وهو حادثة الفتوى. ومثل ذلك لو اجرى الماء في ارضه اجراء لا يستقر فيها فتعدت الى ارض جاره فانه يضمن ولو يستقر ثم يتعدى الى ارض الجار فلو تقدم اليه جاره بالسكر والاحكام ولم يفعل ضمن كالاشهاد على الحائط والا لم يضمن (رد محتار) وفي الحامدية ولو اراد ان يتخذ داره بستاناً فان كانت ارضه صلبة لا يتعدى ضرر الماء الى جدار جاره فليس لجاره منعه وان كانت الارض رخوة يتعدى ضرر الماء اليها فللجار منعه ولا عبرة للقرب والبعد. ولو غرس بجنب دار جاره فعليه ان يباعد عن حائط الجار قدر ما لا يضره ولا يقدر بمقدار معين اه. وفي الخانية ولو ان رجلاً زرع في ارضه ارزاً فان كان يخرج ماؤه الى ارض جاره ويفسدها بذلك كان للجار منعه ولو اراد ان يتخذ داره حظيرة للغنم في سكة غير نافذة ويتاذى الجيران بنتن السرقين ولا يأمنون على الرعاة قال ابو قاسم للجيران منعه عن ذلك اه

وكذلك لو احدث رجل بيدراً في قرب دار لآخر وبمجيء الغبار منهُ يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الاقامة فيها فله ان يكلفه رفع ضرره · كما لو احدث رجل بناءً مرتفعاً في قرب بيدر لآخر وسد مهب ريحه فانه يكلفه رفعه للضرر الفاحش · كذلك لو احدث رجل دكان طباخ في سوق البزّازين وكان الدخان يصيب امتعة الجار ويضرها فانه يكلفه رفع ضرره · وكذلك لو كان لرجل سياق في داره فانشق وتضرر جاره من جري مائه ضرراً فاحشاً فيلزمهُ اذا طالبه جاره ترميم ذلك السياق واصلاحه

وكذا لو كان لجماعة نهر جارٍ في ارض قوم فانبثق وخرب بعض الاراضي فلاصحابها مطالبة ارباب النهر باصلاح نهرهم دون عمارة الاراضي (حامدية عن البزازية)

﴿المادة ١٢٠١﴾ منع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة او منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش، لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش · فاذا احدث رجل بناء فسدّ به شباك بيت جاره وصار بحال من الظلمة لا يقدر معها على القراءة فله ان يكلفه رفعه للضرر الفاحش، ولا يقال ان الضيا من الباب كاف لان باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب · وان كان لهذا المحل شباكان فسدّ احدهما باحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً

وكذا لو اراد احد ان يعلي سطحه ومانعه جاره بذلك متعللاً بان تعلية السطح تسهل الطلوع الى سطح الجار فله ذلك ولا يلتفت الى تعليل الجار (حامدية) وفيها لو بنى بجانب دار جاره وسد نصف شباكه فقل الضوء ولم يكن الضرر بيناً لا يمنع اه

﴿المادة ١٢٠٢﴾ رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً فاذا احدث رجل في داره شباكاً او بناءً

جديداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر لنسآء جاره
سواء كان ملاصقاً او بينهما طريق فاصل فانه يؤمر برفع الضرر ويجبر
على رفعه بصورة تمنع وقوع النظر اما ببناء حائط او وضع طبلة لكن لا
يجبر على سد الشباك بالكلية · كما انه اذا عمل ساتراً من الاغصان وكان يرى
من بينها مقر نساء جاره فانه يؤمر بسد محلات ما فيه من الفراغ ولا يجبر
على رفعه واقامة حائط عوضاً عنه · راجع مادة ٢٢

ولا فرق هنا بان يكون الضرر دائماً او غير دائم كما لو احدث شباكاً يطل على
حجرة من الدار يسكنها النساء في الشتاء فقط دون الصيف او في الليل دون
النهار (حامدية)

وفي الانقروي عن البزازية داران متلاصقتان جعل احدهما في داره اصطبلاً
وكان في القديم مسكناً فخرب جدار الجار وعلم ان خرابه بسبب الاصطبل قال ظهير
الدين لا يضمن لان فعل الدابة لا يضاف اليه والمسبب انما يضمن اذا كان متعدياً
وهو في ادخال الدابة في ملكه غير متعدٍ فاندفع ما اذا ساق الدابة الى زرع غيره
لانه متعدٍ بالسوق اه

✲ المادة ١٢٠٣ ✲ اذا كان لواحد شباك اعلى من قامة الان
لجاره ان يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلماً وينظر الى مقر نس
راجع مادة ٧٤

ولكن لو كان صاحب الشباك يصعد اليه غالباً بسلم او بغيره ليكشف عل
وراجع الجار الحاكم بذلك فهل يأمره بسد الشباك على الوجه الذي مر في المادة
لم اره صريحاً والظاهر ان هذه المسألة تقاس على مسألة الشجرة والسطح الآتية في
المادة ١٢٠٥ وشرحها

✲ المادة ١٢٠٤ ✲ لا تعد الجنينة مقراً للنساء فاذا كان لرجل دار
لا يرى منها مقر نساء جاره لكن ترى جنينته فليس لجاره ان يكلفه منع

نظارته عن تلك الجنينة لان نساءه يخرجن اليها في بعض الاحيان

هذا ظاهر في ان تردد النساء الى الجنينة احياناً لا يجعلها مقراً للنساء والظاهر ان المراد بمقر النساء المحل الذي لا يمكن لهن الاستغناء عنه غالباً كصحن الدار والبئر والمطبخ وفيما عدا ذلك كالقصر والمشرفة ينظر ان كان جلوسهن فيه غالباً فهو كصحن الدار والا لا . قال في الحامدية ما خلاصته لو احدث زيد شباكاً يشرف على مشرفة دار جاره او على قصر في الدار ان لم تكن المشرفة والقصر مقراً للنساء اصلاً لا يجبر زيد على سد شباكه اما لو كانت النساء يسكن في القصر او المشرفة في الصيف مثلاً او في الليل دون النهار فالظاهر انه من الضرر البين اه

﴿المادة ١٢٠٥﴾ اذا كان لرجل شجرة فاكهة في جنينته وعند صعوده اليها يشرف على مقر نساء جاره فيلزمه عند صعوده اخبار النساء لاجل التستر فان لم يخبرهن يمنعه الحاكم من الصعود بلا اخبارهن

وكذا الحكم فيما لو باع هذا الرجل ورق شجرته او ثمرتها لرجل فاراد المشتري الارتقاء عليها لقطف الثمر وبذلك يطلع على عورات الجار (خانية) . وفيها اشترى حجرة سطحها وسطح جاره مستويان فاخذه جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ليس له ذلك لان الانسان لا يجبر على البناء في ملكه ولو اراد الجار ان يمنعه من صعود السطح حتى يتخذ سترة قالوا ان كان في صعوده يقع نظره في دار الجار كان للجار ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة وان كان لا يقع بصره في دار جاره لكن يقع بصره على عوراته اذا كن على السطح لا يمنعه عن الصعود لانه يتضرر هو كما يتضرر جاره اه

﴿المادة ١٢٠٦﴾ اذا اقتسم اثنان داراً مشتركة بينهما وكان يرى من الحصة التي اصابت احدهما مقر نساء الاخر يؤمران ان يتخذا سترة مشتركة بينهما

والنفقة عليهما كل بقدر حصته : كذا في الخانية والحامدية راجع المادتين ٢٠ و٨٧

﴿المادة ١٢٠٧﴾ رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء

آخر واحدث عنده بناءً فان كان هذا المحدث متضرراً فعليه هو دفع الضرر عن نفسه. مثلاً اذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر النساء في دار محدثة فيلزم صاحب هذه الدار المحدثة ان يدفع هو الضرر عن نفسه وليس له ان يداعي صاحب الدار القديمة. وكذا لو احدث داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له ان يعطل دكان الحداد بقوله انه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد. وكذا اذا احدث رجل داراً في القرب من بيدر قديم فليس له ان يمنع صاحب البيدر من التذرية قائلاً ان غبار البيدر يجيء على داري

وكذا لو احدث بيتاً بجانب تنور غيره او حمامه، اي ليس له يعطل التنور والحمام بسبب تضرره من الدخان بل عليه هو نفسه رفع المضرة عن نفسه لانه هو المتسبب في هذا الضرر ولم يكن صاحب التنور او صاحب الحمام متعدياً

﴿المادة ١٢٠٨﴾ اذا كانت شبابيك منزل قديم مشرفة على عرصة خالية فاحترق هذا المنزل ثم احدث صاحب العرصة فيها داراً وبعد ذلك اعاد صاحب المنزل منزله على وضعه القديم فصارت شبابيكه مشرفة على مقر النساء في الدار المحدثة كان على صاحب هذه الدار ان يرفع هو الضرر عن نفسه وليس له ان يجبر صاحب المنزل ويقول امنع النظر من منزلك

﴿المادة ١٢٠٩﴾ اذا احدث رجل في داره شبابيك يمنع اشرافها على مقر نساء جاره بناءٌ مرتفع لذلك الجار فهدم الجار هذا البنا المرتفع حتى صارت تلك الشبابيك مشرفة على مقر نسائه فليس له ان يطلب سد الشبابيك او منع نظارتها لمجرد كونها محدثة بل يلزم الجار ان يدفع هو الضرر عن نفسه

والظاهر انه اذا انهدم الحائط بدون فعل صاحبه فالحكم فيه كذلك٠ وفي الخانية جدار بين دارين انهدم ولاحدها بنات ونسوة فاراد صاحب العيال ان يبنياه وابى الاخر فان كان اصل الجدار يحتمل القسمة ويمكن لكل واحد منهما ان يبني في نصيبه سترة لا يجبر الابي على البنا وان كان اصل الحائط لا يحتمل القسمة على هذا الوجه يؤمر الابي بالبنا اه٠ قلت والمراد بكون الحائط قابلاً للقسمة ان يكون عرضه كافياً ليبني كل منهما فيه حائطاً

❋ المادة ١٢١٠ ❋ ليس لاحد الشريكين في الحائط ان يعليه ولا ان يتعلى عليه بقصر او بغيره بدون اذن الاخر سواءٌ كان ما يفعله مضراً بشريكه او لا

اي ليس له ان يبني عليه شيئاً ولا ان يزيد في حمولاته الا باذن شريكه سواء اضر ذلك بالحائط او لا لانه تصرف في ملك غيره بغير اذنه ، راجع المادتين ١٠٦٩ و١٠٧٥ ٠ وفي الانقروي لا يملك احد الشريكين وضع السلم عَلَى الحائط بدون رضا شريكه الا ان يكون في القديم كذلك اه

اما اذا اراد احدهما بناء بيت في عرصته فله ان يضع رؤوس جذوعه على الحائط وليس لشريكه منعه بل يقال له ضع انت مثل ذلك ان شئت

لكن ان وضع عشرة جذوع كان لشريكه ايضاً ان يضع قدرها غير انه لا يضع الا نصف ما يتحمله الحائط من الجذوع فليس له ان يتجاوزها وان كان على ذلك الحائط جذوع لهما على التساوي في الاصل واراد احدهما ان يزيد في جذوعه فللاخر منعه

وان كانت جذوعهما على التفاوت فعلى من كانت جذوعه اكثر ان يرفع منها ما زاد على نصف ما يتحمله الحائط ليتمكن شريكه من الانتفاع مثله٠ قال في الخانية حائط بين رجلين لاحدهما عليه جذوع فاراد الاخر ان يضع عليه جذوعاً مثله فمنعه صاحبه لان الجدار لا يحتمل ذلك يقال لصاحب الجذوع ان شئت فحط عنه ما يمكن لشريكك من الحمل وان شئت فارفع حملك حتى يستويا لان صاحب الحمل

ان كان وضع بغير اذن الشريك فهو ظالم وان وضع باذنه فهو عارية والعارية غير لازمة اه٠ ولعل هذا فيما اذا كانت الجذوع الكثيرة محدثة اما لو كانت قديمة فالظاهر انها تبقى علي ما كانت عليه٠ ولكن قال في الحامدية عن العمادية بانهم لم يفصلوا بين الحديث والقديم في هذه المسالة فتدبر

﴿المادة ١٢١١﴾ ليس لاحد الشريكين في الحائط المشترك ان يحول اخشابه التي على الحائط يميناً او شمالاً ولا من اسفل الى اعلى اما اذا كانت رؤوس اخشابه عالية واراد تسفيلها فله ذلك

والفرق ان تسفيل الجذوع اقل ضرراً من تعليتها لان اس الحائط يحتمل ما لا يحتمله راس الحائط (خانية) وظاهر التعليل انه اذا لم يكن في تعلية الجذوع ضرر بان كان الحائط قوياً لا يمنع صاحبها من ذلك وبالعكس اذا كان في تسفيلها ضرر يمنع وهذا لا يخالف منطوق هذه المادة لان المنع في صورة التعلية مبني على وقوع الضرر غالباً والجواز في صورة التسفيل مبني على عدمه فاذا خيف الضرر في الصورة الثانية وجب المنع وان امن الضرر في الصورة الاولى لا يمنع و يؤيده ما في الحامدية ونصه اذا اراد صاحب الاعلى ان يسفل جذوعه فان لم يكن فيه ضرر بالحائط له ذلك والا فلا اه ومثله في جامع الفصولين

﴿المادة ١٢١٢﴾ اذا كان لواحد بئر ماء حلو واراد جاره ان يبني في قربه كنيفاً او سياقاً مالحاً وكان ذلك يفسد ماء البئر فان ضرره يدفع وان كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه ما فذلك الكنيف او السياق يسد٠ كذلك اذا كان طريق ماء حلو فبنى آخر عنده سياقاً مالحاً وقذره يضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفع ضرره الا بسده فانه يسد

وفي الخانية وينبغي ان يكون بين بئر البالوعة و بين بئر الماء مقدار ما لا يصل النجاسة الى بئر الماء وقدر في الكتاب بخمسة اذرع او سبعة وذلك غير لازم لان المعتبر عدم وصول النجاسة وذلك يختلف بصلابة الارض ورخاوتها اه

الفصل الثالث

في الطريق

❊ المادة ١٢١٣ ❊ اذا كان لواحد على طرفي الطريق داران فاراد انشاء جسر من الواحدة الى الاخرى فانه يمنع

سواء اضر ذلك بالمارين او لم يضر· قال في التنوير والملتقى اخرج الى طريق العامة كنيفًا او ميزابًا او جرصنا كبرج وجذع وممر علو وحوض طاقة ونحوها فلكل من اهل الخصومة ولو ذميًا منعه ابتداء ومطالبته بنقضه بعد البنا سواء اضرّ ام لم يضر· هذا اذا بنى بغير اذن الامام اما لو بنى باذنه فلا ينقض اهـ· وهذا قول الامام وقال ابو يوسف يمنع مطلقًا ولا ينقض ان لم يضر، وقال محمد ان لم يضر لا يمنع ولا ينقض اي ليس لاحد منعه ابتداء ولا مطالبته بنقضه بعد البنا اذا لم يضر فصار كما لو اذن له الامام بل اولى لان اذن الشارع احرى وولايته اولى (طحطاوي)· قلت وصريح المادة يفيد اختيار قول الامامين في المنع ابتداء سواء اضرّ ام لا ومثل ذلك لو حفر تحت طريق العامة مجرى ماء لطاحونه مثلاً فانه يمنع ولو لم يضر (علي افندي)

ولكنهُ لا يهدم الجسر بعد انشائه ان لم يكن فيه ضرر بالمارين

راجع المادة ٥٦ وهذا صريح في اختيار قول ابي يوسف ومحمد في عدم جواز الهدم عند عدم الضرر ومفاده انه اضر ذلك بالمارين يهدم وهو قول الثلاثة

ومع هذا ليس لاحد حق القرار في الجسر وما ابرز على الطريق العام على الوجه المشروح فاذا انهدم الجسر المبني فوق الطريق العام فاراد صاحبه اعادته فانه يمنع

ولو لم يكن مضراً بالمارين كما هو ظاهر وهذا مؤيد لما قدمناه في شرح الفقرة الاولى ومن انه يمنع من انشاء جسر فوق الطريق سواء اضر او لا لان الكلام هنا على الجسر الذي لا يضر بالمارين اذ معنى هذه الفقرة واذا انهدم الجسر الذي ترك على الطريق لعدم الضرر منه فاراد صاحبه اعادته فانه يمنع

﴿ المادة ١٢١٤ ﴾ ترفع الاشياء المضرة بالمارين ضرراً فاحشاً ولو قديمة كالشرفة والبروز على الطريق العام الواطئين

بخلاف الشرفة والبروز العاليين فانهما لا يضران بالمارين فلا يجوز نقضهما بعد البنا ولو كان ذلك حديثاً كما مر في المادة السابقة وشرحها

﴿ المادة ١٢١٥ ﴾ اذا اراد واحد وضع الطين في الطريق لاجل تعمير داره فله وضعه في جانب منه وصرفه سريعاً الى بنائه بشرط عدم ضرر المارين

ولا فرق في ذلك بين ان يكون الطريق عاماً او خاصاً كما يفهم من اطلاقهم قال في جامع الفصولين اراد ان يتخذ طيناً في الطريق الخاص فلو ترك من الطريق قدر المرور ويتخذ في الاحايين مرة ويرفعه سريعاً فله ذلك اهـ. ولا ينافي ذلك ماسياتي في المادة ١٢٢٠ من ان الطريق الخاص كالملك المشترك لا يجوز لاحد ممن لهم حق المرور فيه ان يحدث فيه شيئاً الا باذن البقية سواء اضر او لا لان المراد انه لا يجوز احداث شيء مما مر كالميزاب والكنيف كما سنحققه في شرح المادة المذكورة

﴿ المادة ١٢١٦ ﴾ لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بامر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يؤدَّ له الثمن

انظر الى مادتي ٢٥١ و ٢٦٢

﴿ المادة ١٢١٧ ﴾ يجوز ان يعطى رجل ما زاد عن حاجة الطريق من جانب الميري بثمن مثله ويلحقه بداره اذا لم يضر ذلك بالمارين

يراد بالطريق هنا الطريق العام لان الطريق الخاص ملك اصحابه لا يجوز لهم التصرف فيه بالبيع والقسمة كما سياتي في المادة ١٢٢٣ فلا يجوز لغيرهم بالاولى والمراد بعدم المضرة ان يكون الطريق واسعاً لا يضيق اذا اخذ منه شيء وانما قيدوا به لانه لو اضر بالمارة لا يجوز ان يعطى منه شيء ولو كان للعامة طريق اخرى (رد محتار)

﴿ المادة ١٢١٨ ﴾ لكل واحد ان يحدث باباً على الطريق العام

سواء كان اعلى من بابه او اسفل منه لان لكل من العامة حق المرور في الطريق العام. فكان له ان يفتح فيه بابا باي وجه كان بخلاف الطريق الخاص كما سيأتي في شرح المادة الاتية

﴿المادة ١٢١٩﴾ لا يجوز لمن لم يكن له حق المرور في طريق خاص ان يحدث فيه بابا

فلو كان لرجل دار بابها في سكة وظهرها في سكة اخرى غير نافذة اي خاصة فاراد ان يجعل لداره بابا في هذه السكة الخاصة فالصحيح انه يمنع عن ذلك اذا لم يكن له حق المرور في هذه السكة (خانية) وفيها دار لرجل في سكة غير نافذة اشترى بجانبها داراً بابها في سكة اخرى غير نافذة واراد ان يفتح بابا لتلك الدار التي كانت له في سكة الدار المشتراة ليس له ذلك اما لو اراد ان يفتح لها بابا في الدار المشتراة ليتوصل به الى الدار المشتراة ثم الى سكتها الغير النافذة فله ذلك اه. والحاصل ان ليس له ان يمر الى كل دار الا بطريقها ليس له ان يستعمل طريق احداها للاخرى لكن في التنوير ما يخالفه حيث قال طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى له ساكنها غير ساكن هذه الدار (كما اذا كان ساكنها غيره باجارة او اعارة) التي مفتحها في هذا الطريق يمنع بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد اه ولكن قد اعترضه الطحطاوي بانه قد يطول الزمان و يبيع التي لا ممر لها فيدعي المشتري ان له حق المرور و يستدل على ذلك بالفعل السابق اه. وفي الخانية والحامدية رجل له دار في سكة غير نافذة لها باب اراد ان يفتح لها بابا اخر اسفل من بابها فالصحيح ان ليس له ذلك لان ليس له حق المرور وراء باب داره ولو اراد ان يفتح بابا اخر اعلى من بابه كان له ذلك اه وقد اعتمده في الخيرية وقال انه ظاهر الرواية. وفي الدرر والغرر، زائغة مستطيلة يتشعب عنها سكة غير نافذة يمنع اهل الاولى عن فتح باب للمرور في الثانية الغير النافذة لان ليس لهم حق المرور فيها بل هو مختص باهلها لانها بجميع اجزائها ملك لار بابها حتى لو بيع فيها دار لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة (راجع المادة ١٠١٤) فاذا اراد احد ان يفتح فيها بابا فقد اراد ان يتخذ طريقا في ملك الغير و يحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من ذلك بخلاف ما لو كانت الزائغة الثانية مستديرة

لزق طرفاها بالزائغة الاولى المستطيلة حيث يجوز له ان يفتح فيها باباً لانها بمنزلة سكة مشتركة في دار ولكل واحد حق المرور فيها ولهذا لو بيعت فيها دار كانت الشفعة للكل على السواء اه ملخصاً

﴿ المادة ١٢٢٠ ﴾ الطريق الخاص كالملك المشترك لمن لهم فيه حق المرور

فلكل منهم ان يضع فيه الخشبة ويربط فيه الدواب ويتوضأ فيه حتى لو عطب احد بذلك لا يضمن بخلاف ما لو بنى احدهم او حفر بئراً فانه يضمن ما عطب به (خانية) وفي جامع الفصولين ولكل امساك الدواب على باب داره لان السكة التي لا تنفذ كدار مشتركة ولكل من الشركا ان يسكن في بعض الدار وامساك الدواب في بلادنا من السكنى اه. وفي رد المحتار عن التتارخانية ان فعل في غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لايضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركائه وان من جملة السكنى فالقياس كذلك وفي الاستحسان لا يضمن شيئاً اه ثم قال وبه ظهر ان المراد من قول المنصف وفي غير النافذة لا يجوز احداث شيء مطلقاً اضر او لا الا باذنهم انه لا يجوز احداث شيء مما مر كالميزاب والجرصن ونحو ذلك مما يبقى افاده السائحاني اه. قلت وبه ظهر التوفيق بين ما يأتي في الفقرة الاتية وبين ما قدمناه في شرح المادة ١٢١٥ فافهم

فلا يجوز لواحد من اصحاب الطريق الخاص ان يحدث فيه شيئاً سواء كان مضراً او غير مضر الا باذن الباقين

كلهم حتى المشتري من احدهم بعد الاذن لما في الخانية رجل احدث بناء او غرفة في سكة غير نافذة ورضي بها اهل السكة فجاء رجل من غير اهلها واشترى داراً منها كان للمشتري ان يأمر صاحب الغرفة برفعها اه. وفي الخيرية ولو اذن اصحاب الطريق الخاص لاحدهم بنصب ميازيب على الطريق فلهم ان يطالبوه برفعها لان للمبيح الرجوع عن اباحته اه انظر المادة ١٢٢٦

﴿ المادة ١٢٢١ ﴾ ليس لاحد اصحاب الطريق الخاص ان يجعل ميزاب داره التي احدثها الى ذلك الطريق الا باذن سائر اصحابه

لان التصرف في الملك المشترك بالوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل (حامدية) وان اذنوه ثم بدا لهم ان يرجعوا فلهم ذلك انظر المادة ١٢٢٦ . والمستفاد من قوله التي بناها مجدداً انه لو كانت الدار قديمة ولها ميزاب قديم فخربت ثم اعاد بناءها فله ان يعيد الميزاب ايضاً وكذا لو باعها بعد خرابها فجددها المشتري كما يعلم من المادة ١٢٢٤

﴿المادة ١٢٢٢﴾ اذا سد احد بابه الذي هو الى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره بسده اياه بل له ولمن اشترى منه ان يفتحه ثانية

ما لم يسقط حق مروره بمرور الزمان انظر المادة ١٦٦٢ وفي الحامدية باع داراً بابها في سكة نافذة وكان باب تلك الدار في القديم في سكة غير نافذة واراد المشتري ان يفتح باباً الى تلك السكة ومنعه الجيران عن ذلك ينظر ان اقر اهل السكة بذلك الباب فله ان يفتحه ويمر منه لانهُ قائم مقام البائع وكان للبائع ان يفتح ذلك الباب فكذا لمن قام مقامه . وان جحد اهل السكة ذلك الباب فالقول لهم مع اليمين اذا لم يكن للمشتري بينة . واذا حلفهم واحداً بعد واحد ان حلف الاول سقط اليمين عن الباقين لان فائدة اليمين النكول ، وان نكلوا ليس له ان يفتح لان للاول ان يمنعه لما حلف انه لا طريق له ، وان نكل الاول فله ان يحلف غيره ثم وثم ، فان نكلوا جملة كان له ان يفتح لانه كالاقرار منهم اهـ . وهذا كله فيما لو كانت الدعوى لم تسقط بمرور الزمان اذ حينئذ لا تسمع البينة ولا يكلف اصحاب الطريق اليمين لان البينة انما تترتب على سماع الدعوى

﴿المادة ١٢٢٣﴾ للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الازدحام فلا يسوغ لاصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه او يقتسموه بينهم او يسدوا فمه ولو اتفقوا على ذلك

ولا ان يحفروا فيه بئراً لصب الماء وان اجتمعوا كلهم على ذلك ولا ان يدخلوه دورهم بل لهم ان يمروا ويجلسوا (حامدية عن العمادية) راجع المادة ٢٦ . ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١١ تموز ٣١٣ مؤداه ان الصلح الذي يقع بحق الطريق الخاص لا يعتبر بل يلزم ان يحكم ببطلانه لانه جاء في المادة ١٢٢٣ من المجلة

بان الطريق الخاص لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا التصرف فيه بوجه من الوجوه
(ج٠م٠ عد ٩٦٥)

الفصل الرابع

في حق المرور والمجرى والمسيل

﴿ المادة ١٢٢٤ ﴾ العبرة للقدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل، يعني تترك هذه الاشياء وتبقى على حالها القديم الذي كانت عليه لان القديم يبقى على حاله بمقتضى حكم مادة ٦ ولا يتغير الا ان يقوم الدليل على خلافه٠ اما القديم المخالف للشرع الشريف فلا اعتبار له٠ يعني اذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الاصل، فلا عبرة له وان كان قديماً بل يزال اذا كان فيه ضرر فاحش راجع مادة ٢٧٠ مثلاً اذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة فان ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه

وكذا لو كان لرجل بالوعة قديمة على نهر الشفة فلا عبرة لقدمها وترفع (جامع الفصولين) اما الكنيف والميازيب التي في الطريق الخاص فان كانت قديمة تركت وان كانت حديثة فلكل احد ان يهدمها (حامدية) والاصل فيما جهل حاله ان يجعل حديثاً لو في طريق العامة وللامام نقضه وقديماً لو في طريق الخاصة ولا ينقضه احد (رد محتار) والمراد بالقديم هنا ما لا يوجد من يعرف اوله كما مر في المادة ١٦٦ فمرور الرجل في ارض غيره عشرين سنة لا يكسبه حق المرور فيها ولو كانت هذه المدة اكثر من المدة المعينة لمرور الزمان٠ وبذلك قرار من محكمة التمييز بتاريخ ١٧ ايلول ٣٢٨ عللت له بان ذلك التصرف ربما كان عن اعارة او اجارة او تغلب والحق الصريح لا يثبت بامر مبهم ومشكوك فيه وحق المسيل لا يثبت الا بصورتين: الاولى تملك المدعي لحق التسييل في موضع معين، والثانية تحقق تسييله الماء في موضع معين منذ القديم (مجموعة المقررات التمييزية سنة ٣٢٩ وجه ١٢٧)٠ وفي الحامدية سئل في

نهر كبير يشرب منه اهالي قرى بعضه من جهة اسفله يجري لتلك القرى في انهر خاصة وفي بعض السنين يقل ماء النهر الكبير فيسكر اهالي القرى العالية ماء النهر الكبير المشترك ليسقوا اراضيهم وما يفيض عنها يجري الى اهالي الاسفل متعللين انهم يجرون ذلك من قديم الزمان فاجاب بانه ليس لاهالي الاعلى ان يسكروا الماء وان كانوا يفعلون ذلك من قديم الزمان لانه تصرف في باطن النهر المشترك بدون اذن الشركا وذلك غير جائز شرعاً فلا عبرة للقديم ولان رضى المتقدمين لا يلزم منه رضى المتاخرين من اهالي الاسفل وقد صرح جميع ائمة المذهب بانه يبدا باهالي الاسفل حتى يرووا ثم يسقي اهالي الاعلى لان اهالي الاسفل امراء عليهم اه ملخصاً

﴿ المادة ١٢٢٥ ﴾ اذا كان لواحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة ان يمنعه من المرور والعبور

ومن ثبت له حق المرور بالرجل فله المرور بالرجل والحافر (جامع الفصولين) وفيه شرى شجرة وقطعها واستاجر ارضاً بجانب الشجرة ولهذه الارض المستاجرة طريق في بستان رجل فلمشتري الشجرة ان يمر في هذا الطريق بخشبه ودوابه للحاجة الى الطريق اه. وفي الخيرية لو كان لرجل حق المرور على سطح معصرة لاخر فانهدم جانب من المعصرة لا يلزم صاحب الممر شيء في عمارة ما انهدم اه. ونقل حيدر افندي عن القاعدية انه لو كان حق المرور لواحد فباعه تبعاً لارضه من عشرة فليس لمن كان المرور في ارضه ان يمنعهم من المرور لعلة كثرتهم

﴿ المادة ١٢٢٦ ﴾ للمبيح ان يرجع عن اباحته والضرر لا يكون لازماً بالاذن والرضى . فاذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة اخر ومر فيها مدة بمجرد اذن صاحبها فلصاحبها بعد ذلك ان يمنعه من المرور ان شاء

وكذا لو وضع رجل جذوعه على حائط جاره باذن جاره او حفر سرداباً في دار جاره باذن جاره ، ثم باع الجار داره وطلب المشتري ان يرفع جذوعه وسردابه كان للمشتري ذلك الا اذا كان البائع قد شرط في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار فحينئذ لا يكون للمشتري ان يطالبه برفع ذلك لانه لما شرط ذلك صار كانه شرطه

لنفسه والوارث في هذا بمنزلة المشتري الا ان للوارث ان يامره برفع الجذوع والسرداب على كل حال (خانية)

﴿المادة ١٢٢٧﴾ اذا كان لواحد حق المرور في ممر معين في عرصة اخر فاحدث صاحب العرصة بناء على هذا الممر باذن صاحب حق المرور فقد سقط حق مروره ولم يبق له حق الخصومة مع صاحب العرصة انظر مادة ٥١

بخلاف ما لو كان لصاحب المرور رقبة الطريق فبنى فيها صاحب الارض باذنه حيث له ان يسترد رقبة الطريق (انقروي عن القاعدية) والفرق بين المسالتين ان في الاولى ليس لصاحب المرور سوى حق المرور فقط، والحق يبطل و يسقط بالرضى، اما في المسالة الثانية فانه يملك رقبة الطريق والملك لا يبطل بالاذن والرضى . قال في الخانية لو قال صاحب المسيل ابطلت حقي في المسيل فان كان له حق اجراء الماء دون الرقبة بطل حقه ، وان كان له رقبة المسيل لا يبطل لان ملك العين لا يبطل بالابطال اه

﴿المادة ١٢٢٨﴾ اذا كان لواحد جدول او مجرى ماء في عرصة آخر وكان جارياً بحق فليس لصاحب العرصة منعه قائلاً لا ادعه يجري فيما بعد

وكذا لو كان لرجل علو ولاخر سفل تحته وللعلو مرتفق قديم تنزل اوساخه في قساطل قديمة داخل حائط السفل فليس لصاحب السفل ان يعارض صاحب العلو في المرتفق وان يكلفه رفعه بل يبقى القديم على قدمه (حامدية)

واذا احتاج هذا الجدول او المجرى الى الاصلاح والترميم فلصاحبه ان يدخله و يرمّه ان امكن اما اذا لم يمكن ترميمه الا بدخول العرصة ولم يأذن به صاحبها فيجبره الحاكم بقوله له اما ان تأذن بدخول العرصة واما ان تصلح انت

وكذا لو كان لرجل نهر في ارض غيره ولا يمكنه المرور في بطن النهر لاجل اصلاحه يقال لصاحب الارض اما ان تدعه يدخل الارض ويصلح ملكه او تصلحه انت . وكذا لو كان لرجل حائط ووجهه في دار رجل فاراد ان يطين حائطه ولا سبيل له الى ذلك الا بدخول دار جاره وجاره يمنعه من الدخول ، او انهدم الحائط ووقع الطين في دار جاره فاراد ان يدخل ويبل الطين فمنعه صاحب الدار ، او له مجرى ماء في دار جاره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكنه ذلك الا بدخول داره وهو يمنعه يقال لصاحب الدار اما ان تتركه يدخل ويصلح او ان تصلح انت بمالك (خلاصة) . وحيث صاحب الدار يجبر على تمكين الآخر من الدخول لاصلاح ملكه فالظاهر ان صاحب الحائط والمجرى يجبر ايضاً على اصلاح ما خرب به لصاحب الدار من حفر او هدم والا لزم ان يجبر صاحب الدار على تمكين الاخر من افساد داره والحاق الضرر به لاجل منفعة غيره وهذا مخالف لقواعد الشرع الشريف (حامدية ملخصاً)

﴿المادة ١٢٢٩﴾ لدار مسيل مطر يجري على دار الجار من القديم فليس للجار منعه قائلاً لا ادعه يسيل بعد ذلك

راجع مادة ٦ وفي الخانية رجل له داران متلاصقتان احداهما عامرة والاخرى خربة وكان مصب ميزاب العامرة وملقاة ثلجها في الخربة فباع الخربة ثم اراد المشتري منع البائع عن اجراء ماء الميزاب الى الخربة والقاء الثلج فيها قال ابو الليث ان كان ميزاب الدار العامرة في الدار الخربة ومسيل ماء سطحها الى هذا الجانب وعرف ان ذلك قديم يبقى ذلك المسيل على حاله وان لم يشترط . وكذا لو كان مسيل مطبخه الى دار رجل وله فيها ميزاب قديم فليس لصاحب الدار منعه . وهذا استحسان جرت به العادة والقياس بخلافه والفتوى على ما ذكره ابو الليث اه . وفيها داران لرجل مسيل ماء سطح احداهما على الاخرى فباع التي عليها المسيل بكل حق هو لها ثم باع الدار الاخرى من آخر فاراد المشتري الاول ان يمنع المشتري الثاني عن اسالة الماء على سطحه ، ذكر في الاصل ان له ذلك الا ان يذكر البائع وقت البيع الاول ان مسيل ماء التي لم تبع يكون له في الدار التي باعها اه . وفيها لو كان مسيل سطح رجل الى دار آخر وله في هذه الدار ميزاب قديم ليس لصاحب الدار منعه عن اسالة الماء وهذا جواب الاستحسان وعليه الفتوى . وفي القياس ليس له ذلك الا ان يقيم البينة ان له

مسيل الماء في داره اه· وفي الهندية ولو كان له ان يسيل ماَ المطر فليس له ان يسيل ماَ الغسيل او الوضوء والعكس بالعكس

﴿المادة ١٢٣٠﴾ دور في طريق لها ميازيب منصبة من القديم على ذلك الطريق ومنه تجري الى عرصة واقعة في اسفله ليس لصاحب العرصة سد ذلك المسيل القديم، فان سده يرفع السد من قبل الحاكم ويعاد المسيل الى وضعه القديم

اي ليس لصاحب العرصة ان يسد المسيل بحجة تضرره به او بحجة وجوده في الطريق وتضرر المارة به لان القديم يبقى على قدمه كما تقدم في المادة ٦ · والمراد بالطريق هنا الطريق الخاص لان الطريق العام ترفع الاشياء المضرة منه ولو كانت قديمة كما مر في المادة ١٢٢٤ · وهذا مؤيد لما قدمناه في شرح المادة المذكورة عن الحامدية من ان الكنيف والميازيب التي في الطريق الخاص ان كانت قديمة تركت، وان حديثة هدمت

﴿المادة ١٢٣١﴾ ليس لاحد ان يجري مسيل منزله المحدث الى دار آخر

او يحدث فيها مسيلاً لمنزله القديم سواء كان مضراً او لا لانه تصرف بملك الغير بلا اذنه وذا لا يجوز

﴿المادة ١٢٣٢﴾ حق مسيل لسياق مالح في دار ليس لصاحب الدار او لمشتريها اذا باعها منع جريه بل يبقى كما في السابق

وفي الملتقى ومن كان له نهر يجري في ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء فليس له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر مستعمل له باجراء مائه فيكون في يده فعند الاختلاف يكون القول قوله في انه ملكه فان لم يكن في يده او لم يكن جارياً فادعى انه له او قصد اجراءه لا يسمع بلا بينة انه له او انه كان له حق الاجراَ وعلى هذا المصب في نهر او سطح والميزاب والممشى في دار الغير اه

﴿المادة ١٢٣٣﴾ اذا امتلأ المجرى الجاري بحق في دار آخر او

تشقق وحصل منه ضرر فاحش فلصاحب الدار ان يجبر صاحب المجرى على دفع هذا الضرر

وكذا لو جرى نهر في ارض قوم فانبثق وخرب بعض الاراضي فلملاك الاراضي مطالبة ارباب النهر باصلاح نهرهم دون عمارة الاراضي (حامدية عن البزازية)

الباب الرابع

في شركة الاباحة ويشتمل على سبعة فصول

الفصل الاول

في الاشياء المباحة وغير المباحة

﴿المادة ١٢٣٤﴾ الماء والكلأ والنار مباحة والناس في هذه الاشياء الثلاثة شركاء

اي شركة اباحة لا شركة ملك . فمن سبق الى شيء من ذلك في وعاء او غيره واحرزه فهو احق به وهو ملك له دون سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك و يورث عنه وتجوز فيه وصاياه وان اخذه منه احد بغير اذنه ضمنه (رد محتار) وفيه ومعنى الشركة في الكلاء الاحتشاش

﴿المادة ١٢٣٥﴾ الماء الجاري تحت الارض ليس بملك لاحد

ولهذا لو حفر احد في ملكه واستخرج الماء الذي تحت الارض ثم جاء آخر وحفر ايضاً في ملك نفسه الذي هو فوق ملك الاول فتحول الماء من ملك الاول الى ملك الثاني لا شيء للاول على الثاني لانه غير متعد لكون الماء تحت الارض لا يملك فلا مخاصمة كمن بنى حانوتاً بجنب حانوت غيره فكسدت الحانوت الاولى بسببه فانه لا شيء عليه . نص على ذلك في التنوير والغرر والخانية وغيرها انظر المواد ١٢٥١ و١٢٨٨ و١٢٩١

✱ المادة ١٢٣٦ ✱ الآبار المعدة لانتفاع كل وارد وليست محفورة بسعي شخص مخصوص وعمله هي من الاشياء المباحة والمشتركة بين الناس

✱ المادة ١٢٣٧ ✱ البحر والبرك الكبيرة مباحة

✱ المادة ١٢٣٨ ✱ ما ليس مملوكاً من الانهار العامة التي لم تدخل في المقاسم يعني في المجاري المملوكة مباح ايضاً كالنيل والفرات والطونه والطونجه

✱ المادة ١٢٣٩ ✱ الانهار المملوكة يعني التي دخلت في المقاسم على الوجه المشروح نوعان : الاول الانهر التي يوزع ماؤها وينقسم بين الشركاء ولكنه لا يمحى كله في اراضيهم بل تبقى له بقية تجري الى مفازة مباحة للعامة ، فالانهر من هذا القبيل لكونها عامة من وجه يقال لاحدها نهر عام ايضاً والشفعة لا تجري فيها . النوع الثاني النهر الخاص الذي يتفرق ماؤه و ينقسم الى اراضي عدة اشخاص ومتى انتهى الى اخر اراضيهم يمحى ولا ينفذ الى مفازة فالشفعة انما تجري في هذا النوع فقط

يستفاد من هذه المادة ان الانهر التي دخلت في المقاسم مملوكة لاهل الناحية الواقعة فيها الانهر لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب عنه كما في الهندية وغيرها فليس لاهل ناحية اخرى ان يسقوا شجرهم وزرعهم من هذه الانهر كما في الدر المختار وغيره وسياتي في المادة ١٢٦٧ ما يؤيده

✱ المادة ١٢٤٠ ✱ النهر اذا جاء بطين الى ارض واحد فهو ملكه لايسوغ لآخر ان يعارضه به

ولا ان ياخذ من الطين شيئاً وان فعل يضمن (رد محتار)

﴿المادة ١٢٤١﴾ كما ان الكلاء النابت في ارض لا صاحب لها مباح ، فكذا الكلاء النابت في ملك انسان بلا تعاطي سببه مباح ايضاً. اما اذا تعاطى سببه كما اذا سقى ارضه او جعل لها خندقاً او اعدها وهيأها بوجه ما لاجل الانبات فالنباتات الحاصلة في تلك الاراضي تكون ماله لا يسوغ لآخر ان يأخذ منها شيئاً فان اخذ واستهلك كان ضامناً

﴿المادة ١٢٤٢﴾ الكلاء والحشيش هو النبات الذي لا ساق له فلا يشمل الشجر . والفطر ايضاً في حكم الكلاء

والكماة ايضاً كالكلاء (رد محتار في باب البيع الفاسد)

﴿المادة ١٢٤٣﴾ الاشجار التي تنبت بلا غرس في الجبال المباحة غير المملوكة مباحة

﴿المادة ١٢٤٤﴾ الاشجار النابتة بلا غرس في ملك واحد هي ملكه ليس لآخر ان يحتطب منها الا باذنه. فان يفعل يكن ضامناً

والقير والزرنيخ والفيروزج كالشجر فمن اخذ من هذه الاشياء ضمن والحطب في ملك رجل ليس لاحد ان يحتطبه بغير اذنه وان كان في غير ملك فلا باس به ولا تضر نسبته الى قرية او جماعة ما لم يعلم ان ذلك ملك لهم وكذلك الزرنيخ والكبريت والثمار في المروج والاودية (در مختار)

﴿المادة ١٢٤٥﴾ اذا طعم رجل شجرة فكما ان الخلف الذي هو من قلم التطعيم يكون ملكه كذلك ثمرته ايضاً تكون له

وهل يراد بالشجرة هنا النابتة في الاراضي المباحة ام في ملك الغير ؟ الظاهر الثاني لان الاول لا يحتاج الى مثل هذا التصريح بعد ما تقدم في المادة ١٢٤٣ . ويؤيده ما في الخيرية ، شجرة زيتون هلكت ونبت من عروقها اغصان فتعهدها رجل وركزها فاثمرت فالثمرة للراكز لانها نماء ملكه . قال في الحاوي الزاهدي وصل غصنه بشجرة

غيره وهو ما يقطع من غصنه او يقشر من لحافته لتوصل به الشجرة فاثمر الوصل فهو له والشجرة لصاحبها

﴿ المادة ١٢٤٦ ﴾ من بذر لنفسه فانواع الحاصلات من البذر له لا يعارضه فيها احد

والمراد من بذر لنفسه في ملك غيره اذ لو بذر في ملك نفسه فلا يحتاج الى تصريح لانه ظاهر. والحاصل ان من بذر لنفسه في ارض غيره فحاصلات البذر له لانها نماء ملكه غير انه اذا نقصت الارض بزراعته فعليه قيمة النقصان لرب الارض وقد استوفينا الكلام على ذلك في كتاب الغصب

﴿ المادة ١٢٤٧ ﴾ الصيد مباح

الفصل الثاني

في كيفية استملاك الاشياء المباحة

﴿ المادة ١٢٤٨ ﴾ اسباب التملك ثلاثة : الاول الناقل للملك من مالك الى مالك آخر كالبيع والهبة. والثاني ان يخلف واحد الآخر كالارث. والثالث احراز شيء مباح لا مالك له، وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء واما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة لاجل الصيد

ومنهُ لو دخل صيد الى دار رجل فلما رآه اغلق عليه الباب وصار بحال يقدر على اخذه بلا اصطياد بشبكة او سهم ملكه ولو اغلق ولم يعلم به لا يملكه ولو نصب حبالة فوقع فيها صيد فقطعها وانفلت فاخذه اخر ملكه ولو جاء صاحب الحبالة لياخذه ودنا منه بحيث يقدر على اخذه فانفلت لا يملكه الآخذ وكذا لو انفلت من الشبكة في الماء قبل الاخراج فاخذه غيره ملكه لا لو رمى به خارج الماء في موضع يقدر على اخذه فوقع في الماء (رد محتار) انظر المادة ١٣٠٢

﴿ المادة ١٢٤٩ ﴾ كل من احرز شيئاً مباحاً كان مالكاً له مستقلاً فلو تناول الماء من نهر بيده او بوعاء كالعلبة فانه يملكه باحرازه وحفظه في ذلك الوعاء وليس لغيره ان ينتفع به واذا اخذه آخر بدون اذنه واستهلكه كان ضامناً

﴿ المادة ١٢٥٠ ﴾ يلزم ان يكون الاحراز مقروناً بالقصد فلو وضع رجل وعاءً في محل قاصداً اخذ ماء المطر فماء المطر المجتمع في ذلك الاناء ملكه وكذا ما يجتمع من الماء في الحوض والصهريج المبنيين لاجل جمع الماء فانه ملك صاحبه اما لو وضع رجل اناءً في محل بغير قصد فماء المطر المجتمع فيه لا يكون ملكاً له فيسوغ لغيره ان يتملكه بالاخذ. راجع مادة ٢

﴿ المادة ١٢٥١ ﴾ يشترط في احراز الماء انقطاع جريه فالبئر الذي ينز فيه الماء لا يكون ماؤه محرزاً. فلو اخذ شخص ما اجتمع من الماء في هكذا بئر ينز بدون اباحة صاحبه واستهلكه لا يلزمه الضمان. وكذلك الماء المتتابع الورود يعني ان الحوض الذي يجري اليه الماء من جانب فيخرج من جانبه الاخر لا يعد ماؤه محرزاً

فلو اخذه احد بدون اذن صاحبه لا شيء عليه. وكذا لو حفر له احد في ملكه بئراً او حوضاً وحوّله اليه ليس للاول ان يخاصمه به. راجع المادة ١٢٣٥ وشرحها

﴿ المادة ١٢٥٢ ﴾ يحرز الكلاء بجمعه وحصده وتحريزه

﴿ المادة ١٢٥٣ ﴾ يسوغ الاحتطاب من اشجار الجبال المباحة لكائن من كان ويملك الحطب بمجرد الاحتطاب اي بجمعه ، والربط ليس بشرط

الفصل الثالث

في احكام الاشياء المباحة العمومية

﴿المادة ١٢٥٤﴾ يجوز لكل واحد الانتفاع بالمباح لكنه يشترط ان لا يضر بالعامة

فان اضر فلكل واحد مسلمًا كان او ذميًا منعه (رد محتار) فلو اراد ان يشق جدولاً من النهر العام فله ذلك الا اذا اضر بالعامة بأن يفيض ماء الجدول فيفسد مال الناس او ينقطع الماء عن النهر او يمنع جريان السفن فيجوز لكل منعه . انظر المادة ١٢٦٥

﴿المادة ١٢٥٥﴾ ليس لواحد قبل اخذ الشيء المباح واحرازه ان يمنع الآخر عنه

﴿المادة ١٢٥٦﴾ لكل واحد ان يعلف حيوانه من الكلاء النابت في المحل الذي لاصاحب له وان يأخذ منه ويحرز قدر ما يريد

﴿المادة ١٢٥٧﴾ الكلاء النابت في ملك انسان بدون تسببه وان يكن مباحاً فلصاحبه المنع من الدخول الى ملكه

ولكن لطالب الكلاء ان يقول له ان لي في ارضك حقاً فاما ان توصلني اليه او تحشه وتدفعه لي وصار كثوب انسان وقع في دار رجل اما ان ياذن للمالك في دخول الدار لياخذه واما ان يخرجه اليه (رد محتار) ولكن قيد ذلك في الهندية بما اذا لم يجد الطالب كلأً مباحاً في ارض قريبة

﴿المادة ١٢٥٨﴾ اذا جمع انسان احطاباً من الجبال المباحة وتركها فيها فجاء غيره واخذها فلذلك الانسان ان يستردها منه

وان هلكت او استهلكها فهو ضامن وذلك لما مر في المادة ١٢٥٣ من انه بمجرد الاحتطاب يصير مالكاً لها ولا يشترط شدها وربطها

﴿ المادة ١٢٥٩ ﴾ لكل واحد كائناً من كان ان يقطف فاكهة ما لا صاحب له من الاشجار التي في الجبال المباحة وفي الاودية والمراعي التي لاصاحب لها

﴿المادة ١٢٦٠﴾ اذا استأجر رجل اجيراً لاجل جمع الاحطاب من الحقل او امساك الصيد فما جمعه الاجير من الحطب او امسكه من الصيد فهو للمستأجر

الظاهر ان الاجارة هنا صحيحة مع ان القياس يقتضي فسادها لان الاجير هنا اجير واحد فيشترط فيه بيان الوقت ولعل ما هنا استحسان . وقد احترز بالاستئجار عن التوكيل فانه في المباحات غير صحيح اذ المقصود بالتوكيل اثبات حق للوكيل ليس له والحال ان الحق في احراز المباح ثابت للوكيل قبل التوكيل فيما احرزه بعد الوكالة يكون له لا للموكل

﴿المادة ١٢٦١﴾ اذا أوقد ناراً في ملكه فله ان يمنع غيره من الدخول الى ملكه والانتفاع بها

وليس للطالب ان يقول للمالك اما ان تدعني ادخل او تخرجه لي كما هو الحكم في الماء او الكلا . والفرق ان الشركة ثابتة في عين الماء والكلا لا في عين الجمر فلا يجب عليه ان يخرج له الجمر ليصطلي به لانه لا شركة لغيره فيه ولذا له استرداد جمر له قيمة ممن اخذه بخلاف الكلا والماء غير المحرزين فلو اخذهما احد من ارضه لا يستردهما منه لان الشركة في عينها (رد مختار)

اما اذا اوقد ناراً في صحراء ليست بملكه فلكل من الناس ان ينتفع بها فيصطلي و يخيط في ضيائها و يشعل قنديله منها وليس لصاحب النار منعه ، ولكن ليس له يأخذ منها جمراً بدون اذن صاحبها

لان الجمر من الحطب وقد ملكه صاحبه بالأحراز فليس لغيره ان يأخذه بدون اذنه

الفصل الرابع

في حق الشرب والشفة

❊ المادة ١٢٦٢ ❊ الشرب هو نوبة الانتفاع من الماء لسقي الحيوان والزرع

❊ المادة ١٢٦٣ ❊ حق الشفة هو حق شرب الماء

والشفة شرب بني ادم والبهائم (در مختار) فتكون اخص من الشرب لاختصاصها بالحيوان دونه والمراد بها استعمال بني ادم لدفع العطش او للطبخ او الوضوء او الغسل او غسل الثياب ونحوها والمراد بها في حق البهائم الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبها (رد محتار)

❊ المادة ١٢٦٤ ❊ كما ينتفع كل واحد بالهواء والضياء يسوغ له ان ينتفع ايضاً بالبحور والبرك غير المملوكة

❊ المادة ١٢٦٥ ❊ لكل واحد ان يسقي اراضيه من الانهر غير المملوكة وله ان يشق جدولاً لسقي الارض وانشاء الطاحون ولكن بشرط ان لا يضر بالعامة فاذا فاض الماء واضر بالناس او قطع الماء بالكلية اومنع سير الفلك فانهُ يمنع

راجع المادة ١٢٥٤ . وليس قطع الماء بالكلية قيداً احترازياً اذ يكفي وقوع الضرر ففي الهند نهر كبير يجري في بلدة واهلها ينتفعون به من كوى معروفة فجاء اخر وشق منه جدولاً فوق تلك البلدة وحول الماء الى ارض احياها فان اضر باهل البلدة ضرراً فاحشاً يمنع والا لا اه . وفي الانقروي عن البزازية طاحونة على نهر اراد اخر ان يضع فوقها طاحونة اخرى وبسبب وضعها يقل ماء الطاحونة القديمة ويختل دورانها فلصاحبها ان يمنع الثاني وان كان ينقص غلة الاولى بنصب الثانية ليس للاول ان يمنع الثاني كالتاجر اذا اتخذ في جنب تاجر اخر حانوتاً بمثل تجارة الاول فكسدت تجارة الاول باتخاذه ليس له المنع اه راجع المادة ٩٦٥

﴿المادة ١٢٦٦﴾ للانسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحرز

﴿المادة ١٢٦٧﴾ الانهار المملوكة يعني المياه الداخلة في المجاري المملوكة حق شربها لاصحابها وللعامة فيها حق الشفة فقط

ولكن اذا كانت الشفة تاتي على الماء كله بان كان جدولاً صغيراً وفيما يرد عليه من المواشي كثيرة تقطع الماء قال بعضهم لا يمنع وقال اكثرهم يمنع للضرر وبالثاني جزم في الملتقى

فلا يسوغ لاحد ان يسقي ارضه من نهر مختص بجماعة او من جدول او قناة او بئر مختصة بواحد بدون اذن

سوا اضر باصحابها او لم يضر سواء اضطر الى ذلك او لا ولكن لا ضمان عليه ان سقى ارضه او زرعه من غير اذن وان اخذ مرة بعد مرّة يؤدبه السلطان بالحبس او الضرب ان رأى ذلك (خانية)

ولكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته وله ايضاً ان يورد حيواناته من النهر والجدول والقناة المذكورات ان لم يخشَ تخريبها لكثرة الحيوانات

اما لو خيف التخريب لكثرة الحيوانات فانه يمنع لان الحق لصاحب النهر عَلَى الخصوص. وانما اثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه (مجمع الانهر)

وكذلك له اخذ الماء منها الى جنينته وداره بالجرة والقربة مثلاً

﴿المادة ١٢٦٨﴾ يسوغ لمن كان في ملكه ماء متتابع الورود سواء كان حوضاً او بئراً او نهراً ان يمنع طالبه من الدخول الى ملكه

وبالاولى يسوغ له ذلك اذا كان الماء غير متتابع الورود كما اذا كان محرزاً في صهريج او جب. قال في الملتقى وما احرز من الماء بجب او كوز او نحوه لا يؤخذ الا برضا صاحبه ، ولصاحبه بيعه لانه ملكه بالاحراز اه

ولكن اذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب يجبر صاحب الملك على اخراج الماء لذلك الطالب او الاذن له بالدخول لاجل اخذ الماء ، وان لم يخرج له الماء فله حق الدخول واخذ الماء لكن بشرط السلامة يعني بشرط عدم الضرر كتخريبه حافة الحوض او البئر او النهر

ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له ان يقاتله بالسلاح وان كان محرزاً في الاواني قاتله بغير السلاح اذا كان فيه فضل عن حاجته لملكه بالاحراز (تنوير) ويضمن له الساقي ما اخذ لان حل الاخذ للاضطرار لا ينافي الضمان (رد محتار) وفيه وانما له ان يقاتله بالسلاح في الصورة الاولى لان صاحب الماء قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك اه

✱ المادة ١٢٦٩ ✱ ليس لاحد الشركا في النهر المشترك ان يشق منه نهراً يعني جدولاً او خرقاً الا باذن الآخرين

لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء (درر) وكذا ليس لاحد الشركا ايضاً ان ينصب على النهر ناعورة او جسراً او قنطرة او يوسع فم النهر لانه يكسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء (رد محتار) ولا ان يقسم بالايام والحال ان القسمة كانت بالكوى لان القديم يترك على قدمه وليس له ايضاً ان ينصب عليه رحى الا رحى وضع في ملكه غير مضر بالنهر وبالماء فانه يجوز لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره كذا في التنوير والغرر والملتقى وصورته ان يكون حافتا النهر وبطنه ملكاً له ولغيره حق اجرآء الماء فقط ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه اي بان يعوج الماء حتى يصل الى الرحى في ارضه ثم يجري الى النهر من اسفله لانه يتأخر وصول حق الشركا اليهم كذا في مجمع الانهر ورد المحتار . ويؤيده ما في الحامدية والخانية وخلاصته لا يجوز لاحد الشركا احداث شيء في النهر المشترك الا برضا الجميع سواء اضر ذلك باحد الشركا او لم يضر لان البنا واقع في بطن النهر المشترك واحد الشركا لا يملك التصرف في المحل المشترك الا برضا بقية الشركا سوآء تضرروا او لا وهذا بخلاف ما اذا اراد احد الشركا ان ينصب عليه رحى او دولاباً في ارض له ملاصقة لذلك النهر فانه لا

يمنع من ذلك الا عند وجود ضرر بالنهر او باحد من اهله بان يتغير الماء عن سننه ولا يجري كما كان يجري قبل ذلك . اما اذا لم يضر الرحى بالنهر او باحد من اهله فلا يمنع لانه متصرف في خالص ملكه ولا ضرر لغيره في ذلك فمن منعه يكون متعنتاً فلا يلتفت اليه اه

وليس له ان يبدل نوبته القديمة

لان القديم يترك على قدمه وفيه اشعار بانه لو كان لرجل مياه في اوقات متفرقة في قرية لم يجز جمعها في وقت واحد الا برضا الشركا كما في الجواهر (رد محتار). وفي الخانية نهر بين قوم ولكل منهم في هذا النهر كوى مسماة فاراد احدهم ان يسد كوة له ويفتح كوة اخرى اعلى من الاولى في هذا النهر ليس له ذلك لانه يكسر ضفة النهر المشترك ويريد به ان يزيد حقه في الماء لان دخول الماء في اعلى النهر في كوة يكون اكثر من دخوله في اسفل النهر في مثل تلك الكوة اه . وفيها نهر بين رجلين له خمس كوى من النهر الاعظم وارض احدهما في اعلى النهر الخاص وارض الاخر في اسفله فقال صاحب الاعلى اني اسد بعض هذه الكوى لان ماء النهر يكثر فيفيض في ارضي وتنز منه ولا يصل اليك الماء الا بعد ان يقل فيأتيك من الماء ما ينفعك ليس له ذلك لانه يقصد الاضرار بشريكه . وكذا لو قال اجعل لي نصف هذا النهر ولك نصفه اذا كان في حصتي سددت منها ما بدا لي وانت في حصتك تفتح كلها ليس له ذلك لان القسمة تمت بينهما بالكوى فلا يملك احدهما نقضها الا ان يتراضيا على ذلك وان تراضيا عليه واقاما على هذا التراضي زماناً ثم بدا لصاحب السفل ان ينقض كان له ذلك لان هذه اعارة والاعارة غير لازمة ولو مات احدهما كان لوارثه ان ينقض ما تراضيا عليه اه

وليس له ان يسوق الماء في نوبته الى ارض اخرى لا شرب لها من ذلك النهر

سواء قصد بذلك سقاية الارض التي لا شرب لها او اراد سوق الماء فيها حتى تنتهي الى الاراضي التي لها حق الشرب اما الاول فظاهر وهو انه اذا تقادم العهد يستدل على انه حقه اي فيلزم ان يقضى له بشرب الارضين جميعاً لانه اذا لم يعلم يقسم على مقدار الاراضي . اما الثاني فلانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى

تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى وذكر جواهر زاده انه اذا ملأ الاولى وسد فوهة النهر له ان يسقي الاخرى من هذا الماء لانه حينئذٍ لم يستوفِ زيادة على حقه وان لم يسد فلا (رد محتار ملخصاً)

ولو رضي اصحاب الحصص بهذه الاشياء فلهم او لورثتهم الرجوع بعده

لانه اعارة الشرب لا مبادلة اذ ان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجازة الشرب لا تجوز فتعينت الاعارة وهي غير لازمة (مجمع الانهر)

تتمة : وفي التنوير وغيره وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحساناً اه. والقياس عدم صحة الدعوى به لانه مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان انه مرغوب فيه منتفع به ويمكن ملكه بلا ارض بوصية او ارث وقد يبيع المالك الارض وحدها فيبقى له الشرب وحده (طحطاوي) . وفي التنوير ورد المحتار ، نهر بين قوم اختصموا في الشرب ولا تعرف الكيفية في الزمان المتقدم فهو بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر بقدرها ، بخلاف اختلافهم في الطريق فانهم يستوون في ملك رقبته بلا اعتبار سعة الدار وضيقها لان المقصود الاستطراق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فيقسم عَلَى قدر الرؤوس ، ومثله الاختلاف في ساحة الدار فان ذا بيت من الدار كذي بيوت منها في حق ساحتها اه

الشرب يورث لان الملك بالارث يقع حكماً لا قصداً ويجوز ان يثبت الشيء حكماً وان كان لا يثبت قصداً (رد محتار) و يوصى بالانتفاع به اذ الوصية كالارث في الثوب بعد الموت فيصير حكمها كحكمه ولكن لا يباع الشرب ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به بلا ارض للجهالة الفاحشة ولكونه غير متقوم ولا يجعل مهراً فيجب مهر المثل ولا بدل صلح فيكون المدعي على دعواه . ولو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بلا ارض لوفاء دينه والاصح حينئذٍ ان يضمه الحاكم الى ارض لا شرب لها و يبيعها باذن صاحب الارض ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب و بدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضاً بلا شرب ثم يضم الشرب اليها و يبيعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفضل الى قضاء الدين (مجمع الانهر)

الفصل الخامس

في احياء الموات

﴿ المادة ١٢٧٠﴾ الارض الموات هي الارض التي ليست ملكاً لاحد ولا هي مرعى ولا محتطباً لقصبة او لقرية وهي بعيدة عن اقصى العمران بمعنى ان صدى جهير الصوت لايسمع من اقصى الدور التي في طرف تلك القصبة او القرية

في هذه المادة ثلاثة قيود ٠ الاول ان تكون الارض غير مملوكة لاحد سواء كان فيها آثار العمارة او لا لانها لو كانت مملوكة لمسلم او ذمي لم تكن مواتاً وان مضت عليها القرون وصارت خربة ٠ الثاني ان لا تكون مرعىً ولا محتطباً لقصبة او قرية ولو كانت بعيدة ٠ الثالث ان تكون بعيدة عن اقصى العمران لان الظاهر ان ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع احتياج اهلها اليه كرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلا يكون مواتاً (مجمع الانهر) وفيه لو احيى احد ارضاً مواتاً باذن الامام ثم ظهر لها مالك يردها الى مالكها ويضمن له نقصانها ان نقصت بالزراعة والا فلا اه

﴿ المادة ١٢٧١﴾ الاراضي القريبة من العمران تترك للاهالي مرعى وبيدراً ومحتطباً ويقال لها الاراضي المتروكة

وهذه الاراضي لا يجوز احياؤها لتحقق حاجة الاهالي اليها تحقيقاً او تقديراً فصار كالنهر والطريق ٠ ولا يجوز ايضاً احياء محل عدل عنه ماء الفرات ونحوه كدجلة والشط وغيرها اذا احتمل عود الماء اليه لحاجة العامة الى كونه نهراً وان لم يحتمل عود الماء الى مكانه جاز احياؤه لكونه ملحقاً بالموات (ملتقى) الا ان يكون حريماً لعامر وليس لمن عدل النهر الى ارضه ان يأخذ ما عدل عنه عوضاً عن ارضه (رد محتار)

﴿ المادة ١٢٧٢﴾ من احيى ارضاً من الاراضي المواث بالاذن السلطاني صار مالكاً لها ٠ وان اذن السلطان او وكيله لرجل باحياء ارض

على ان لا يتملكها بل لمجرد الانتفاع بها ، فذلك الرجل يتصرف بتلك الارض كما اذن له ولكنه لا يكون مالكاً لها

بل تكون رقبتها لبيت المال. وهذا النوع من الاحياء هو المعتمد في ايامنا فان من مقتضى احكام قانون الاراضي ان يؤذن باحياء الموات على ان تكون رقبتها لبيت المال فتصير من ثم ارضاً اميرية والفرق بينها و بين الارض المملوكة هو ان هذه الارض يجوز بيعها ورهنها ووقفها وهبتها وتجري فيها الشفعة وتورث مطلقاً، اما الارض الاميرية فلا تباع ولا ترهن ولا توقف ولا تجري فيها الشفعة ولا تنتقل الى كل وارث كالاعمام والعمات واولاد الاخوة كما تنتقل اليهم الاراضي المملوكة

﴿ المادة ١٢٧٣ ﴾ لو احيى بعض الارض وترك باقيها ، فما احياه منها يكون ملكاً له اما الباقي فلا

ظاهره لا فرق فيما اذا كان ما احياه اكثر من النصف او اقل ، خلافاً للخانية حيث قال لو بنى او زرع في بعض الارض كان ذلك احياء لذلك البعض دون غيره الا ان يكون ما عمر اكثر من النصف اه

لكن اذا بقي في وسط الارض التي احياها محل خالٍ فذلك المحل يكون له ايضاً

﴿ المادة ١٢٧٤ ﴾ اذا احيى رجل ارضاً من اراضي الموات ثم جاء آخرون ايضاً فاحيوا الاراضي التي في اطرافها الاربع يتعين طريق ذلك الشخص في ارض المحيي الاخير، يعني ان طريقه تكون منها

هذا اذا احياها هؤلاء الآخرون على التعاقب (در مختار) اما لو احيوها معاً فله اي للاول التطرق من اية ناحية شاء والفرق انه اذا كان الاحياء على التعاقب يكون المحيي الآخر هو الذي قصد ابطال حق الاول لان الاول حين سكت عن الاولين صار الباقي طريقاً له فاذا جاء آخر واحياه فقد احيى طريقه من حيث المعنى فيكون له الطريق (رد محتار) اما لو احيوها معاً فلا يتعين المحيي الاخير مبطلاً لحقه لابطال حقه من الجميع معاً فالخيار حينئذٍ له في اختيار طريق في الناحية التي يريدها

﴿المادة ١٢٧٥﴾ كما ان البذر والنصب احياء للارض ، كذلك الكراب والسقي او شق خرق وجدول لاجل السقي احياء ايضاً

سوآ اجرى المآ في الخرق والجدول اولا (قهستاني)· واطلاق المادة يؤيده

﴿المادة ١٢٧٦﴾ اذا بنى جداراً في اطراف ارض من الماضي الموات او بنى مسناة تحفظها من ماء السيل كان ذلك منه احياء لتلك الارض

﴿المادة ١٢٧٧﴾ وضع الاحجار او الشوك او اغصان الاشجار اليابسة محيطة بجوانب الاراضي الاربعة او تنقية الحشيش منها اواحراق الشوك النابت فيها او حفر البئر ليس باحياء ولكنه تحجير

﴿المادة ١٢٧٨﴾ اذا حصد ما في الاراضي الموات من الحشيش او الشوك ووضعه في اطرافها ووضع عليه التراب ولكنه لم يتم مسناتها بوجه يمنع ماء السيل من الوصول اليها فلا يكون احيى تلك الاراضي بل يكون حجرها

﴿المادة ١٢٧٩﴾ اذا حجر محلاً من اراضي الموات صار احق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين فاذا لم يُحيهِ الى ثلاث سنين سقط حقه وجاز ان يعطى لغيره ليحييه

لان الدفع كان له ليعمره فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل تدفع الارض الى غيره تحصيلاً للمقصود ولان التحجير ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير الاعلام بوضع الحجار حولها انه قصد احياءها وذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها (مجمع الانهر)

﴿المادة ١٢٨٠﴾ من حفر بئراً في اراضي الموات باذن السلطان وأتم حفره صار مالكاً له

الفصل السادس

في حريم الآبار المحفورة والمياه المجراة والاشجار المغروسة بالاذن السلطاني في الاراضي الموات

﴿ المادة ١٢٨١ ﴾ حريم البئر يعني حقوقه من جوانبه هي اربعون ذراعاً من كل جانب

اطلاق البئر هنا يشمل بئر الناضح وهي التي ينزع الماء منها بالبعير وبئر العطن وهي التي ينزع منها باليد والعطن مناخ الابل حول البئر ويراد بالبئر هنا البئر المحفور في اراضي الموات اذ لو حفر احد بئراً في ملكه فله من الحريم ما شاء ولو حفره في ملك الغير باباحة او بشراء فلا يستحق له الحريم (در مختار)٠ وفي الخانية بئر لرجل في دار غيره لم يكن لصاحب البئر حق القاء الطين في داره اذا حفر البئر اه٠ انظر المادة ١٢٩١

﴿ المادة ١٢٨٢ ﴾ حريم منبع الاعين يعني الماء المستخرج من الارض الجاري على وجهها هو خمسمائة ذراع من كل جانب

لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من مكان يجري فيه الماء وحوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ومن موضع يجري منه الى المزارع والمرائع فقدر بالزيادة (مجمع الانهر)

﴿ المادة ١٢٨٣ ﴾ حريم النهر الكبير الذي لا يحتاج الى الكري كل وقت هو من كل جانب مقدار نصفه فيكون مقدار حريمه من جانبيه مساوياً لعرضه

وهذا كما لا يخفى في النهر المحفور في الاراضي الموات٠ اما النهر في ملك الغير فسيأتي ذكره في المادة ١٢٩٠ وشرحها

﴿ المادة ١٢٨٤ ﴾ حريم النهر الصغير المحتاج للكري كل وقت يعني

الجداول والخروق والقنى تحت الارض هو قدر ما يلزمها من المحل لاجل طرح الاحجار والطين عند كريها

لعلّ المراد بالنهر هنا النهر الجاري في ملك الغير وفي اراضي الموات يؤيده ما في الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولا حريم لنهر هو مجرى ماء كبير لا يحتاج الى الكري في كل حين في ارض الغير الا بحجة وانما قلنا هو مجرى كبير لان المجرى لو كان صغيراً يحتاج الى الكري في كل وقت فله الحريم بالاتفاق اه

﴿المادة ١٢٨٥﴾ حريم القناة الجاري ماؤها على وجه الارض هو كما في العين خمسمائة ذراع من كل جانب

اما القناة الجارية تحت الارض فحريمها بقدر ما يصلح لالقاء الطين ونحوه (در مختار)

﴿المادة ١٢٨٦﴾ حريم الآبار ملك اصحابها فليس لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه ومن حفر بئراً في حريم اخر يقفل وعلى هذا الوجه ايضاً حريم الينابيع والانهر والقنوات

وذلك لانه يكون متعدياً بتصرفه في ملك غيره فان حفر فللاول ان يضمنه قيمة النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره هو الصحيح (درر) . وطريق معرفة النقصان ان تقوّم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمن ما بينهما (رد محتار)

﴿المادة ١٢٨٧﴾ اذا حفر بئراً بالاذن السلطاني في القرب من حريم بئر لآخر فحريم هذا البئر في سائر جهاته ايضاً اربعون ذراعاً لكن في جهة البئر الاول ليس له ان يتجاوز حريمه

لان الحريم صار ملكاً للاول قبل حفر الثاني فليس للثاني ان يتجاوزه لسبق ملك الاول فيه (در مختار)

﴿المادة ١٢٨٨﴾ اذا حفر بئراً في خارج حريم بئر لآخر فذهب ماء البئر الاول الى الثاني فلا شيء عليه

لانه غير متعد والمآ تحت الارض لا يملك فلا مخاصمة (در مختار) انظر المادتين ١٢٣٥ و ١٢٩١

كما لو فتح دكانًا عند دكان آخر وكسدت تجارة الاولى فلا تغلق الثانية

﴿ المادة ١٢٨٩ ﴾ حريم الشجرة المغروسة بالاذن السلطاني في اراضي الموات هو خمسة اذرع من كل جانب فلا يجوز لغيره غرس شجرة في هذه المسافة

مفاده ان الاشجار المغروسة بغير الاذن السلطاني لا حريم لها وهو قول الامام خلافًا لهما

﴿ المادة ١٢٩٠ ﴾ ساقية لواحد جارية في عرصة اخر فطرفاها بقدر ما يمسك المآ لصاحب الساقية

اي بدون حاجة الى برهان كما يفهم مما يأتي وكما يعلم ايضًا من مجمع الانهر وغيره. قال في رد المحتار : ومن كان له نهر في ارض الغير ليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة. وقال صاحباه له مسناة يمشي عليها ويلقي عليها طينه. وفي الهداية فلا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس اه

واذا كان طرفاها مرتفعين فما ارتفع منهما ايضًا لصاحب الساقية

وكذا لو كان بين طرفي الساقية وارض الغير فاصل كالحائط ونحوه فالطرفان لصاحب النهر بالاجماع (رد محتار عن العناية)

وان لم يكن طرفاها مرتفعين ولم يوجد دليل على يد احدهما كاشجار له مغروسة فيهما فالطرفان لصاحب العرصة ولكن لصاحب الساقية ان يطرح الطين على جانبيها وقت كريها

وهذا علَى قول الامامين ، قال في الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولا حريم لنهر في ارض الغير الا بحجة وعندهما وعند المحققين من مشائخنا له الحريم بالاتفاق بقدر ما

يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه وهو الصحيح. وهذا الحريم بقدر نصف عرض النهر من كل جانب عند ابي يوسف وبه يفتى، وليس لصاحب النهر ان يغرس في الحريم كيلا يبطل حق مالكه ولكن يلقي الطين للحاجة والضرورة اه

✵ المادة ١٢٩١ ✵ لا حريم لبئر حفرها الانسان في ملكه ولجاره ايضاً ان يحفر بجانبها بئراً اخرى في ملك نفسه وليس للاول منعه من حفر البئر بقوله انه يجذب مآ بئري

لانه لما كان الماء الذي تحت الارض غير مملوك لاحد كما مرَّ في المادة ١٢٣٥ لم يكن للاول مخاصمة الثاني في تحويل الماء الى بئره وسبق يد الاول لا يعتبر اذ لا يد له الا في حفر البئر ولا يد له على الماء لانه متتابع الورود من فوق ملكه فلكلٍ اخذهُ والانتفاع به لانه مباح ولا يملك الا بالاحراز وشرط احراز الماء انقطاع جريه كما مر في المادة ١٢٥١

الفصل السابع

في المسائل العائدة الى احكام الصيد

✵ المادة ١٢٩٢ ✵ الصيد جائز سوآ كان بالالآت الجارحة كالرمح والبندقية ، او بالحيوان كالكلب المعلم ، او بالطائر الجارح كالصقر المعلم

✵ المادة ١٢٩٣ ✵ الصيد هو الحيوان البري المتوحش من الانسان

✵ الماده ١٢٩٤ ✵ كما ان الحيوانات الاهلية لا تصاد ، كذلك الحيوان البري المستأنس بالانسان لا يصاد ايضاً . فالحمام المعلوم بدلالة امثاله انه غير بري والصقر الذي برجله الجرس والغزال الذي في عنقه الطوق اذا امسكها احد فهي من قبيل اللقطة فعلى من امسكها ان يعلنها كي تعطى لصاحبها عند ظهوره

﴿المادة ١٢٩٥﴾ شرط الصيد ان يكون ممتنعاً عن الانسان بقدرته على الفرار برجليه او جناحيه فان صار الى حال لا يقدر على الفرار والخلاص كغزال مثلاً وقع في بئر فيكون قد خرج من حال الصيدية

﴿المادة ١٢٩٦﴾ من اخرج صيداً عن حال صيديته فكانه قد امسكه ولكن بشرط ان يكون قاصداً اصطياده راجع شرح المادة الثانية

﴿المادة ١٢٩٧﴾ الصيد لمن امسكه فاذا رمى صيداً فجرحه جرحاً لا يقدر معه على الفرار والخلاص صار مالكاً له لكن اذا كان قد جرحه جرحاً خفيفاً يستطيع معه ان يفر ويتخلص فلا يملكه حتى لو رماه اخر او امسكه بصورة اخرى صار مالكاً له وكذا لو رمى صيداً و بعد ان اوقعه نهض هارباً فاخذه آخر ملكه ايضاً

﴿المادة ١٢٩٨﴾ اذا رمى صيادان صيداً برصاصهما واصاباه صار ذلك الصيد مشتركاً بينهما مناصفة

﴿المادة ١٢٩٩﴾ اذا ارسل صيادان كلبيهما المعلمين واصاباصيداً كان ذلك الصيد مشتركاً بين صاحبيهما واذا امسك كل واحد منهما صيداً كان ما امسكه كل منهما لصاحبه . وكذلك اذا ارسل اثنان كلبيهما المعلمين فاوقع احدهما صيداً وقتله الاخر فان كان الكلب الاول قد اوصله الى حال لا يستطيع معها الفرار والتخلص كان ذلك الصيد لصاحبه والا فهو للثاني

﴿المادة ١٣٠٠﴾ اذا كان في ساقية رجل او جدوله سمك لا يمسك من غير صيد فلغيره ان يصطاده و يتملكه

لان صاحب الساقية لم يخرج السمك من حال الصيدية بالاحراز فلم يملكه فلما احرزه الاخر ملكه (هندية)

﴿ المادة ١٣٠١ ﴾ رجل هيأ محلاً في حافة الماء لاجل صيد السمك فجاءه سمك كثير واخذ الماء يتناقص فان صار السمك يمسك من غير صيد فهو لذلك الرجل وان كان اخذ السمك محتاجاً الى الصيد لكثرة الماء في ذلك المحل فلا يكون السمك لذلك الرجل ولغيره ان يتملكه بالصيد

﴿ المادة ١٣٠٢ ﴾ اذا دخل صيد دار انسان فاغلق بابه لاجل اخذه صار مالكاً له

اما لو اغلق بابه اتفاقاً غير قاصد اخذه فلا يملكه لعدم القصد راجع المادة ٢ وشرحها. ويشترط ايضاً ان يضير الصيد بحال يقدر عَلَى اخذه بلا اصطياد بشبكة او سهم راجع شرح المادة ١٢٤٨

ولكنه لا يملكه قبل احرازه باغلاق بابه فلو جاء اخر واخذه ملكه

وفي رد المحتار عن ابي يوسف لو اصطاد صيداً في دار رجل من الهواء او على الشجر ملكه لان حصوله عَلَى حائط رجل او على شجرته ليس باحراز فان قال رب الدار كنت اصطدته قبلك فان كان اخذه من الهواء فهو له لانه لا يد لرب الدار على الهواء وان اخذه من حائطه او شجره فالقول لرب الدار لاخذه من محل هو في يده وان اختلفا في اخذه من الهوآ او الشجرة فكذلك لان الظاهر ان ما في داره يكون له

﴿ المادة ١٣٠٣ ﴾ اذا وضع رجل في محل شيئاً ما كالشرك والشبكة لاجل الصيد فوقع فيه صيد فهو لذلك الرجل

لكن لو اضطرب الصيد فانفلت فأخذه غيره فهو للآخذ اما لو جاء صاحب الشرك ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر عليه انفلت فاخذه غيره فهو لصاحب الشرك والفرق ان صاحب الشرك فيهما وان صار آخذاً له الا انه في الاول بطل الاخذ قبل تأكده وفي الثاني بعد تأكده وكذا صيد الكلب فهو على هذا التفصيل (طحطاوي)

لكن اذا نشر شبكة لاجل جفافها ووقع فيها صيد فلا يكون له . كما لو وقع صيد في حفرة بارضه فانه ليس له ولغيره ان يستملكه بالاخذ

الا اذا كان صاحب الارض قريباً من الصيد بحيث يقدر على اخذه لو مد يده فهو حينئذ لصاحب الارض لتمكنه منه (تنوير)

اما اذا حفر صاحب الارض تلك الحفرة لاجل الصيد كان احق به من سائر الناس . راجع مادة ١٢٥٠

﴿ المادة ١٣٠٤ ﴾ اذا اتخذ حيوان وحشي عشاً في بستان انسان وباض فيه فلا يكون ملكاً له فاذا جاء اخر واخذ بيضه او فراخه فليس لصاحب البستان ان يسترد منه . ولكن اذا هيأ صاحب البستان بستانه ليبيض فيه او يفرخ ذلك الحيوان الوحشي فجاء وباض وافرخ فيه فبيضه وفراخه له

﴿ المادة ١٣٠٥ ﴾ اتخذ في بستانه محلاً للنحل فعسلها له لانه معدود من منافع بستانه فليس لغيره ان يتعرض له ولكن يلزمه اعطاء عشره الى بيت المال

مفاده انه اذا لم يتخذ صاحب الارض محلاً للنحل فلا يملك العسل مع انهم صرحوا في عامة كتب المذهب بانه اذا عسل النحل في ارض رجل ملكه مطلقاً اي وان لم يعدها لذلك لان النحل صار من انزال الارض اي منافعها فيتملكه صاحبها تبعاً لارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فيها بجريان الماء (درر)

﴿ المادة ١٣٠٦ ﴾ النحل المجتمع في كوارة انسان يعد مالاً محرزاً فهو وعسله ايضاً مال ذلك الانسان

﴿ المادة ١٣٠٧ ﴾ اذا خرجت فروخ النحل من كوارة واحد الى دار آخر واخذها صاحب الدار فلصاحب الكوارة ان يستردها

لانه لما ملك امهاتها ملكها

الباب الخامس

في النفقات المشتركة ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في اصلاح الاموال المشتركة وسائر مصارفها

﴿المادة ١٣٠٨﴾ الملك المشترك متى احتاج الى الاصلاح والترميم يصلحه اصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم

﴿المادة ١٣٠٩﴾ اذا اصلح احد الشريكين الملك المشترك باذن الآخر وانفق من ماله قدراً معروفاً فله الرجوع بحصة شريكه. يعني انه يأخذ من شريكه مقدار ما اصاب حصته من النفقة

قيده بالقدر المعروف لانه لو انفق اكثر من المتعارف فلا يرجع بالزيادة. وان اختلفا في قدر النفقة هل يصدق الشريك المأمور بيمينه او لا بد له من بينة ؟ فيه تفصيل ذكره في الخيرية وخلاصته اذا صرف المأمور من مال نفسه ثم اراد الرجوع على الآمر فلا بد له من البينة وان صرف من مال الآمر (كما اذا اعطاه الآمر الدراهم قبل البنا واذنه بانفاقها فيه) واراد الخروج عن الضمان فالقول للمأمور بيمينه ووجهه انه في الصورة الاولى يدعي الدين والآمر ينكر والبينة على المدعي واليمين على من انكر وفي الصورة الثانية هو امين لدفع الدراهم اليه قبل الانفاق وهو ينكر الضمان ويدعي الخروج عن عهدة الامانة والقول قول الامين بيمينه في دفع الضمان عن نفسه اه. انظر المادة ١٧٧٤ وشرح المادتين ١٤٤٤ و١٥٠٨. وفي الخانية طاحون او حمام بين اثنين استأجر نصيب كل واحد منهما رجل ثم انفق احد المستأجرين في مرمة الطاحون او الحمام باذن من آجره هل يكون له ان يرجع بذلك على الشريك الذي لم يؤجر نصيبه من هذا المستاجر ؟ المختار للفتوى انه لا يرجع اه

﴿المادة ١٣١٠﴾ اذا احتاج الملك المشترك الى الترميم وأحد الشريكين

غائب واراد الآخر ترميمه فانه يستأذن الحاكم فيقوم اذنه مقام اذن الشريك الغائب · يعني ان الشريك الحاضر اذا رمَّ الملك المشترك باذن الحاكم فكأنه رمه باذن شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من النفقة

اطلاقه يدل على انه لا فرق فيما اذا كان الملك المشترك قابلاً للقسمة او لا وكذا الحكم فيما اذا تهدمت الابنية التي سفلها لواحد وعلوها لآخر اي اذا اراد ذو العلو ان يبني علوه وكان صاحب السفل غائباً فانه يستأذن الحاكم ويبني ويرجع على صاحب السفل بما انفقه في بنا سفله (در مختار)

﴿المادة ١٣١١﴾ اذا رمَّ الشريك الملك المشترك بدون اذن من شريكه او من الحاكم كان متبرعاً

وكذا لو ادى الخراج فانه يكون ايضاً متبرعاً فلا يرجع على شريكه بحصته بخلاف الاكار فانه ان ادى الخراج بدون اذن صاحب الارض فله ان يرجع عليه وعليه الفتوى (در مختار) ومثل الاكار المستاجر فانه اذا اخذت منه الجباية الراتبة على الدور والحوانيت يرجع على الآجر (رد محتار)

اي ليس له ان يرجع على شريكه بمقدار ما اصاب حصته من النفقة سواء كان ذلك الملك المشترك قابل القسمة او لم يكن

لا منافاة بين ما هنا وما سياتي في المادة ١٣١٣ من انه اذا رم احد الشريكين الملك المشترك الغير القابل للقسمة بدون اذن شريكه واذن الحاكم فله ان يرجع على شريكه بما اصابه من قيمة البنا اذ المراد هنا انه في القابل للقسمة لا يرجع مطلقاً وفي غيره لا يرجع بما انفقه ولكن بقيمة البنا كما سياتي في المادة ١٣١٣ · وربما يرد على هذا التاويل ما ذكر في صدر هذه المادة من ان الباني بدون اذن شريكه واذن الحاكم يكون متبرعاً فكيف يرجع بقيمة البنا والجواب انه فسر التبرع بقوله « يعني ليس له ان يرجع على شريكه بمقدار ما اصاب حصته من النفقة » فاخرج بذلك رجوعه بقيمة البنا

ويمكن تأويل المنافاة بين ما جاء في المادتين بان ما هنا محله فيما لو رمَّ الشريك

بدون مطالبة شريكه بالترميم فلا يرجع مطلقاً وما ورد في المادة ١٣١٣ محله فيما لو طالبه بذلك فامتنع ودليله انه اورد المطالبة هناك ولم يوردها هنا

﴿المادة ١٣١٢﴾ اذا طلب رجل ترميم الملك المشترك القابل للقسمة فامتنع شريكه فرمّه بدون اذن كان متبرعاً فليس له الرجوع على شريكه بحصته

من نفقة البنا ولا من قيمة البنا لانه اذا كان الملك المشترك قابلاً للقسمة فيمكن لطالب التعمير ان يرفع الامر الى القاضي و يطلب القسمة فاذا عمر بدون اذن شريكه فلا يكون مضطراً الى العمارة فيعد متبرعاً بخلاف غير القابل للقسمة كما سياتي

وان كان ذلك الرجل قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فلا يجبر الشريك على الترميم بحكم المادة ٢٥ ولكنه يجبر على القسمة وذلك الرجل بعد القسمة يفعل بحصته ما يشا

مثال ذلك لو انهدم حائط مشترك بين اثنين فاراد احدهما ان يبنيه وابى الآخر فلو كان موضع الحائط عريضاً يمكن لكل واحد منهما ان يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الآبي على البنا (خانية)

﴿المادة ١٣١٣﴾ اذا احتاج الملك المشترك الى الترميم وكان غير قابل القسمة كالطاحون والحمام فطلب احد الشريكين ترميمه وابى الاخر فينفق عليه قدراً معروفاً باذن الحاكم و يرمّه وما اصاب حصة شريكه من نفقة الترميم يبقى ديناً له عليه وله ان يؤجر ذلك الملك المشترك و يستوفي دينه هذا من اجرته . وان رمّ من غير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما انفق ولكنه يستوفي ما اصاب حصة شريكه من قيمة البنا وقت الترميم على الوجه المشروح

وانما يرجع بالقيمة وقت الترميم لانه رمّ في حصة شريكه لشريكه فتجب له القيمة

بوم رم لا يوم الرجوع . وطريقة معرفة القيمة ان يقوّم الملك المشترك بدون الترميم ثم يقوّم معه فالتفاوت بينهما هو قيمة الترميم

﴿المادة ١٣١٤﴾ اذا تهدم بالكلية الملك المشترك وكان غير قابل للقسمة كالطاحون والحمّام وصار عرصة وطلب احد اصحابه بناءه وامتنع الآخر تقسم العرصة ولا يجبر على البناء

واذا بنى احدهما بدون اذن الاخر كان متطوعاً لانه غير مضطر اذ يمكنه قسمة العرصة . قال في رد المحتار والظاهر ان المراد بالقسمة ما اذا امكنه اعادة العرصة داراً او حماماً كما كانت لا مطلق البنا وان كان لا يمكن قسمة العرصة فهو مضطر وان انهدم بعض الحمام او بعض الدار فهو مضطر ايضاً والظاهر ان المراد ما اذا كانت الدار صغيرة اما اذا كانت الدار كبيرة يمكن قسمتها فانه يقسمها فان خرج المنهدم في نصيبه بناه او في نصيب شريكه يفعل به شريكه ما اراد اه

﴿المادة ١٣١٥﴾ اذا تهدمت الابنية التي علوها لواحد وسفلها لاخر او احترقت فكل واحد يعمر ابنيته كما في السابق ليس لاحدهما ان يمنع الاخر ويقول صاحب العلو لصاحب السفل عمّر ابنيتك لاركب انا بابنيتي عليها فان امتنع صاحب السفل

عن البنا فان كان السفل لوقف والعلو لوقف آخر وللوقف غلة اجبر الناظر على البنا وان لم يفعل اخرجه القاضي من يده (رملي على الفصولين) انظر المادة ١٣١٩ وان كان السفل ملك رجل والعلو ملك آخر فلا يجبر صاحب السفل على البنا بل

يستأذن صاحب العلو الحاكم ويبني السفل والعلو ويمنع صاحب السفل من التصرف حتى يعطيه ما اصابه من النفقة

وبهذه الصورة لو بنى صاحب العلو السفل بدون اذن صاحبه او اذن الحاكم لا يكون متبرعاً ولكن لا يرجع عليه بمقدار حصته من نفقة البنا بل بمقدار حصته من قيمة البنا (رملي على الفصولين) وانما يرجع بقيمة البنا في هذه الصورة لانه مضطر الى البنا لانه لو رفع الامر الى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفل على بناء سفله لعدم

تعديه . قال في رد المحتار والذي تحصل في هذا المحل ان الشريك اذا لم يضطر الى العمارة مع شريكه بان امكنه القسمة فانفق بلا اذنه فهو متبرع وان اضطر وكان الشريك يجبر عَلَى العمل معه فلا بد من اذنه او امر القاضي فيرجع بما انفق والا فهو متبرع وان اضطر وكان شريكه لا يجبر فان انفق باذنه او بامر القاضي رجع بما انفق والا فبقيمة البنا . وقد نظمت هذا الحاصل لتسهيل حفظه فقلت

وان يعمر الشريك المشترك ... بدون اذن للرجوع ما ملك
ان لم يكن لذاك مضطراً بان ... امكنه قسمة ذلك السكن
اما اذا اضطر لذا وكان من ... ابى على التعمير يجبر فان
باذنه او اذن قاض يرجعُ ... وفعله بدون ذا تبرعُ
ثم اذا اضطر ولا جبر كما ... في السفل والجدار يرجع بما
انفقه ان كان بالاذن بنى ... لذا والا فبقيمة البنـا اه

وفي الحامدية لو بنى صاحب العلو السفل باذن القاضي وترك صاحب السفل الانتفاع بسفله وامتنع عن اداء القيمة يجبر على اداء حصته و يحبس فيها لانه كاذنه بنفسه فيصير ديناً عليه فحكمه حكم سائر الديون اه. وفيها لو كان العلو لرجل والسفل لآخر فالسقف السفلي وجذوعه وهراويه وبواريه وطينه لصاحب السفل ولكن تطيينه لا يجب على واحد منهما . اما ذو العلو فلعدم وجوب اصلاح ملك الغير عليه ، واما ذو السفل فلعدم اجباره على اصلاح ملكه وان زال الطين عنه بتعدي ذي العلو الساكن وجب الضمان والا لا اه. وفيها له مسيل على سطح الجار فخرب السطح فاصلاحه على رب السطح كالسفل والعلو ولكن لا يجبر على العمارة و يقال لصاحب المسيل ضع ناوقاً في مقام الجري على سطح الجار لينفذ الماء الى مصبه كما في البزازية . والناوق الخشبة المنقورة التي يجري عليها المآ في الدواليب او تعرض عَلَى النهر او الجدول اه

﴿ المادة ١٣١٦ ﴾ اذا انهدم حائط مشترك بين جارين و كان لهما عليه حمولة كقصر او رؤوس جذوع فبناه احدهما عند امتناع الآخر فله منع شريكه من وضع حمولة على ذلك الحائط حتى يؤديه نصف ما انفق

الظاهر من اطلاقه انه يرجع ولو بنى بغير اذن الحاكم وسواء كان الحائط قابلاً للقسمة او لا . ولكن ليس الواقع كذلك بل هو كما يعلم من المادة ١٣١٣ على التفصيل

الذي ذكره في الخانية والحامدية وهو انه اذا كان اساس الحائط عريضاً بحال لو قسم بينهما اصاب كل واحد منهما موضع يمكنه ان يبني فيه حائطاً يحتمل حمولاته على ما كان في الاصل وطلب احدهما بناءه وابى الاخر لا يجبر الشريك الآبي وان بنى الاخر بدون اذنه كان متبرعاً فليس له ان يمنع شريكه عن وضع الحمولات عليه وان كان اساس الحائط لا يقسم يجبر الآبي على البنا ومعنى الجبران ينفق طالب البنا على العمارة و يرجع على الاخر بنصف ما انفق ان بنى باذن القاضي والا فبنصف قيمة البنا اه

تتمة : جدار بينهما ولكل منهما حمولة فوهى الحائط فاراد احدهما رفعه ليصلحه وابى الاخر ينبغي ان يقول مريد الاصلاح للاخر ارفع حمولتك باسطوانات وعمد و يعلمه انهُ يريد رفعهُ في وقت كذا ويشهد على ذلك فله حينئذٍ رفع الجدار حتى لو سقطت حمولة الاخر لم يضمن (جامع الفصولين) والظاهر ان مثله ما اذا احتاج السفل الى العمارة فتعليق العلو على صاحبه وهذه فائدة حسنة لم اجد من نبه عليها (رد محتار)

﴿ المادة ١٣١٧ ﴾ اذا انهدم حائط بين دارين فصار يرى من احدى الدارين مقر نساء الاخرى واراد صاحب احدى الدارين بناء الحائط بالاشتراك وامتنع صاحب الاخرى فلا يجبر ولكن يجبره الحاكم على اتخاذ سترة بينهما بالاشتراك من دف او غيره

﴿ المادة ١٣١٨ ﴾ اذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف سقوطه وطلب احدهما نقضه وامتنع الاخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك

وهل يجبر على اعادته بالاشتراك مع شريكه الظاهر لا لانه لم يهدمه باختياره بل جبراً عليه فصار كانه انهدم بنفسه فلطالب البنا ان يبني باذن الحاكم و يرجع على شريكه بحصته من نفقة البنا راجع المادة ١٣١٦ وشرح المادة الاتية

﴿ المادة ١٣١٩ ﴾ اذا احتاج العقار المشترك بين صغيرين او وقفين

الى الترميم وكان تركه على حاله مضراً وأحد الوصيين او احد المتوليين يطلب ترميمه والآخر يمتنع فانه يجبر على الترميم . مثلاً اذا كان بين دارَي صغيرين حائط مشترك خيف سقوطه ووصي احدهما يطلب ترميمه ووصي الآخر يأبى فالحاكم يرسل اميناً ينظر فان علم ان ترك الحائط على حاله هو في الواقع مضر بالصغيرين فيجبر الوصي الآبي على ترميم ذلك الحائط بالاشتراك مع وصي الآخر من مال الصغيرين

وليس هذا كاباء احد المالكين لان ثمة الابي رضي بدخول الضرر عليه فلا يجبر اما هنا الوصي اراد ادخال الضرر على الصغير فيجبر ان يرم مع صاحبه (خانية)

كذلك اذا كانت دار مشتركة بين وقفين واحتاجت الى الترميم وطلب احد المتولين ترميمها وامتنع الاخر فيجبره الحاكم على الترميم من مال الوقف

وان لم يكن للوقف فاضل من الغلة فالمتولي يستدين بامر الحاكم ليرم (خيرية) بقي لو كانت الشركة بين بالغ ويتيم وينبغي انه لو كان الضرر على البالغ لا يجبر وصي اليتيم بخلاف العكس وكذا لو بين يتيمين والضرر على احدهما بان كانت حمولة الجدار له فينبغي ان يجبر وصي المتضرر لو امتنع وكذا يقال في الوقف مع الملك تأمل (رد محتار)

❋ المادة ١٣٢٠ ❋ اذا كان حيوان مشترك بين اثنين وامتنع احدهما عن تربيته وراجع الاخر الحاكم فانه يامر الابي بقوله اما ان تبيع حصتك واما ان تربي الحيوان بالاشتراك

وانما يجبر الآبي هنا لانه يريد اتلاف حق شريكه (رد محتار) . بقي لو امتنع الآبي عن كلا الامرين والظاهر ان الحاكم يأذن للاخر بان ينفق عَلَى الحيوان ويرجع على شريكه بحصته من النفقة افاده في رد المحتار . ثم اعلم انه بهذه الصورة لو انفق احد الشركا على الحيوان المشترك بدون اذن شركائه او اذن الحاكم يكون متبرعاً لانه

يمكنه ان يرفع الامر الى الحاكم ليجبره (رد محتار) وفي جامع الفصولين زرع بينهما فغاب احدهما وانفق الآخر يكون متبرعاً بخلاف ذي العلو مع ان كلاً لا يصل الى حقه الا بالانفاق والفرق ان الاول غير مضطر لان شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضي على الانفاق ولو غائباً يامر القاضي الحاضر به ليرجع على الاخر فلما زال الاضطرار كان متبرعاً اما ذو العلو فمضطر في بناء السفل اذ القاضي لا يجبر صاحبه لو حاضراً فلا يامر غيره لو غائباً والمضطر ليس بمتبرع اه ·

الفصل الثاني

في كري النهر والمجاري واصلاحها

﴿ المادة ١٣٢١ ﴾ كري النهر غير المملوك واصلاحه اي تعزيله على بيت المال فان لم يكن في بيت المال سعة يجبر الناس على كريه

وذلك احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يجتمعون ولا ينفقون عليها بانفسهم ولا يقيمونها ان لم يجبرهم الامام الا انه يخرج للكري من كان يطيقه وتجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم (مجمع الانهر)

﴿ المادة ١٣٢٢ ﴾ كري النهر المملوك المشترك على اصحابه اي على من له حق الشرب ، لا يشاركهم في مؤنة الكري والاصلاح اصحاب حق الشفة

لانهم لا يحصون اذ لاهل الدنيا كلهم حق الشفة ولانهم اتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع ولان الاصول منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم (مجمع الانهر)

﴿ المادة ١٣٢٣ ﴾ اذا طلب بعض اصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وابى البعض ينظر ان كان النهر عاماً يجبر الآبي على الكري مع البقية بالاشتراك . راجع المادة ٢٦ . وان كان النهر خاصاً فالطالبون يكرون

ذلك النهر باذن الحاكم ويمنعون الممتنع عن الانتفاع بالنهر حتى يؤدي مقدار ما اصاب حصته من النفقة

مفاده ان الآبي لا يجبر على الكري٠ قال في رد المحتار ولهم ايضاً ان يستوفوا مؤنة الكري من نصيبه من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما انفقوا عليه (ذخيرة) وفيها وان لم يرفعوا الامر الى القاضي هل يرجعون على الآبي بقسطه من النفقة ويمنع الآبي من شربه حتى يؤدي ما عليه؟ قيل نعم وقيل لا٠ وذكر في عيون المسائل ان الاول قول ابي حنيفة وابي يوسف فليتامل عند الفتوى وظاهره انه لا ترجيح لاحد القولين فلذا خيروا المفتي لكن مفهوم كلام الشراح كالهداية والتبيين وغيرها ترجيح عدم الرجوع بلا امر القاضي٠ ثم هذا كله مبني على القول انه لا يجبر الآبي فانهم فرعوه عليه اه٠ قلت وقد فهمت من مفاد هذه المادة انه اذا ابى بعض الشركا عن كري النهر فلا يجبرون عليه وعليه فلا يكون الذي كرى بدون اذنهم واذن القاضي متبرعاً لانه لو رفع الامر الى الحاكم لا يجبرهم على الكري وقد مر في الضابط الذي ذكرناه في شرح المادة ١٣١٥ انه اذا اضطر احد الشركا الى الاصلاح وكان شريكه لا يجبر فان انفق باذنه او اذن القاضي يرجع بما انفق والا فبقيمة البنا وقول الامامين بالرجوع موافق لهذا الضابط، تأمل

❊ المادة ١٣٢٤ ❊ اذا امتنع اصحاب حق الشرب كافةً من كري النهر المشترك فان كان النهر عاماً يجبروا على الكري وان كان خاصاً لم يجبروا

❊ المادة ١٣٢٥ ❊ النهر العام مملوكاً كان او غير مملوك اذا كان في حافته ارض لواحد وليس من غيرها طريق لاجل الاحتياجات كشرب الماء واصلاح النهر فللعامة المرور من تلك الارض وليس لصاحبها المنع

❊ المادة ١٣٢٦ ❊ مؤنة كري النهر المشترك واصلاحه تبتدىء من الاعلى وجملة ارباب الحصص في البداية متشاركون في ذلك فاذا

تجاوزوا ارض احدهم برئ وعلى هذا الترتيب ينزل الى آخره لان الغرامة بالغنيمة، راجع مادة ٨٧. مثال ذلك نهر مشترك بين عشرة احتاج الى الكري فنفقة اعلى حصة الى نهاية ارضها على الجميع وبعده على التسعة واذا جاوزوا ارض الثاني فتقسم على الثمانية الذين يلونه ويسار على هذا الترتيب فصاحب الحصة السفلى يشارك الجميع في النفقة وبعده يقوم بنفقة حصته وحده وعلى ذلك تكون نفقة صاحب الحصة العليا اقل من الجميع ونفقة صاحب الحصة السفلى اكثر من الجميع

لان ماءه تجري في النهر من اوله الى آخره فكان عليه ان يشارك في كري النهر كله. ومثل ذلك اذا احتاج الشركا الى اصلاح جانبي النهر المشترك (حامدية) وهذا كله على قول الامام الاعظم خلافاً للامامين. وله ان الكري للحاجة الى سقي الارض فاذا تجاوز الكري ارض احد الشركا لم تبقَ له حاجة فلا يجب عليه نفقة مابعد ارضه بخلاف من بعده فانه لا ينتفع الا بكري ما قبله (حامدية) وفي الخانية واذا كانت فوهة النهر لارضه في وسط ارضه فكرى الى فوهة النهر لا يسقط الكري عنه ما لم يجاوز ارضه كلها هو الصحيح لان له ان يفتح الماء في ارضه في اوله وفي آخره اه

تتمة: اذا كان ما البركة لجماعة لاحدهم ثلثه وللاخر النصف وللاخر السدس ويجري المآ الى هذه البركة في مجرى خاص من طالع معلوم مشترك فاحتاج طريق المآ من اعلاه الى التعمير فالنفقة على قدر الحصص لان الغرم بالغنم. وبقي هنا شيء وهو ما اذا كان الماء ينزل الى بركة رجل ثم يخرج ما فاض عنه الى بركة رجل اخر واحتاج اصل الماء الى التعمير فكيف تقسم الكلفة بينهما؟ لم ارَ من تعرض لذلك مع كثرة وقوعه في ديارنا وقد جرى العرف بان صاحب الفائض يغرم الثلث (حامدية ملخصاً)

﴿المادة ١٣٢٧﴾ موءنة تعزيل السياق المالح يبتدئ من الاسفل فالجميع يشتركون في نفقة القسم الواقع من السياق في عرصة صاحب الحصة السفلى ومتى تجاوزوه الى ما فوقه يبرأ صاحب تلك الحصة وهكذا

يمرؤن واحد بعد واحد وصاحب الحصة العليا يقوم بحصته وحده، وعلى هذا تكون نفقة صاحب الحصة السفلى قل من الجميع ونفقة صاحب الحصة العليا اكثر منهم

فهو اذاً على عكس نهر الشرب لان كل واحد من اصحابه يحتاج الى تسييل اوساخه من داره الى اخر النهر ولا حاجة له الى ما قبل داره فمن في الاعلى اكثرهم غرامة لاحتياجه الى جميع النهر ودونه فيها من بعده الى الاخر فهو اقلهم غرامة بعكس نهر الشرب وحاصل الفرق ان صاحب الشرب محتاج الى كري ما قبل ارضه ليصله الماء وصاحب الاوساخ محتاج الى ما بعد ارضه ليذهب وسخه (رد محتار)

﴿ المادة ١٣٢٨ ﴾ اصلاح الطريق الخاص ايضاً كالسياق المالح يبدأ من الاسفل واسفله فمه اي مدخله واعلاه منتهاه فمن كان في مدخله من الشركاء ينفق على حصته فقط ومن كان في منتهاه يشارك كل واحد في نفقة حصته ثم يقوم وحده بنفقة حصة نفسه

وذلك لان صاحب الدار التي في اعلى الطريق اي في اخره يمر في الطريق كله فكان عليه ان يشارك بقية الشركا في اصلاح الطريق لان الغرم بالغنم بخلاف صاحب الدار التي في اسفل الطريق اي مدخله لانه لا حاجة له الى ما وراء داره بوجه من الوجوه لكونه لا يستعمله للمرور . ثم ان اصلاح الطريق الخاص على اصحابه اي مالكي رقبته اما من كان له حق المرور فيه فلا يلزمه شيء من النفقة (خيرية)

الباب السادس

في شركة العقد و يشتمل على ستة فصول

الفصل الاول

في تعريف شركة العقد وتقسيمها

﴿ المادة ١٣٢٩ ﴾ شركة العقد هي عقد شركة بين اثنين او اكثر على ان يكون رأس المال والربح مشتركاً بينهما او بينهم

﴿ المادة ١٣٣٠ ﴾ ركن شركة العقد الايجاب والقبول لفظاً او معنى . فاذا قال رجل لآخر شاركتك على ان نتجر برأس مال قدره كذا وقال الآخر قبلت، انعقدت الشركة بالايجاب والقبول لفظاً . واذا اعطى رجل الف غرش لآخر قائلاً ضع انت الف غرش واشترِ مالاً ففعل الآخر مثل ما قيل له انعقدت الشركة بقبوله معنى

قال في رد المحتار وذكر محمد كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة ثم يبين قدر راس مال كل منهما و يقول ذلك كله في ايديهما يشتريان به و يبيعان جميع وشتى و يعمل كل منهما برأيه و يبيع بالنقد والنسيئة فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك اه

﴿ المادة ١٣٣١ ﴾ شركة العقد تنقسم الى قسمين فاذا عقد الشركاء الشركة بينهم بشرط المساواة التامة و كان مالهم الذي ادخلاه في الشركة مما يصلح ان يكون راس مال للشركة وكانت حصصهم من راس المال والربح على التساوي كانت الشركة مفاوضة

ويراد بالمساواة المساواة التامة وهي ان يستويا مالاً تصح به الشركة وربحاً وتصرفاً وديناً فلا تصح المفاوضة بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وذمي لعدم المساواة فان العبد لا يملك التصرف والكفالة الا باذن المولى بخلاف الحر والصبي لا يملك الكفالة اصلاً ويملك التصرف باذن الولي بخلاف البالغ . والذمي لو اشترى خمراً او خنزيراً لا يقدر المسلم ان يبيعه وكالة من جهته فيفوت شرط التساوي في التصرف الا انها تصح بين ذميين ولو اختلفا ملة كيهودي ومجوسي (تنوير ورد محتار ملخصاً)

فاذا توفي رجل كان لاولاده ان يعقدوا بينهم شركة مفاوضة بان يتخذوا كل ما انتقل اليهم من امواله رأس مال على ان يشتروا ويبيعوا من جميع الاموال ويقسم الربح بينهم على التساوي

ولكن لا تكون شركة مفاوضة ما لم يصرحوا بلفظها او مقتضياتها مع استيفاء شروطها انظر المادة ١٣٦١ ولهذا افتى في الخيرية في زوج امرأة وابنها اجتمعا في دار واحدة واخذ كل منهما يكتسب على حدة ويجمعان كسبهما ولا يعلم التفاوت ولا التساوي ولا التمييز بانه بينهما سوية وكذلك لو اجتمع اخوة يعملون في تركة ابيهم ونما المال فهو بينهم سوية ولو اختلفوا في العمل والراي اذ ليست هذه شركة مفاوضة اهـ . اي لعدم ذكر لفظها او مقتضياتها كما قدمنا وسيأتي تمام الكلام على ذلك في شرح المادة ١٣٦١

ولكنهُ يندر وقوع كذا شركة على المساواة التامة واذا فقد شرط من شروط المساواة التامة انقلبت شركة عنان

سواء فقد هذا الشرط حين عقدها او بعده حتى لو عقدت على المساواة التامة ثم ورث احد الشركاء مالاً يصلح رأس مال للشركة انقلبت عناناً

☼ المادة ١٣٣٢ ☼ الشركة سواء كانت مفاوضة او عناناً إما شركة اموال واما شركة اعمال واما شركة وجوه فاذا عقد الشركاء الشركة على راس مال يؤدي كل واحد قدراً منه على ان يعملوا معاً او كلٌّ على حدة

او مطلقاً وما يحصل من الربح يقسم بينهم كانت شركتهم شركة اموال واذا عقدوا الشركة وجعلوا راس المال عملهم فيتقبلون العمل من آخر اي يلتزمونه ويتعهدون به والكسب الحاصل اي الاجرة يقسم بينهم تكون شركتهم شركة اعمال ويقال لها ايضاً شركة ابدان وشركة صنائع وشركة تقبل كشركة خياطين او خياط وصباغ واذا لم يكن للشركاء راس مال فعقدوا الشركة على شراء الاموال نسيئة بالاعتماد على وجاهتهم ثم بيعها واقتسام ما يحصل من الربح كانت شركة وجوه

الفصل الثاني

في الشروط العامة لشركة العقد

﴿المادة ١٣٣٣﴾ كل قسم من شركة العقد يتضمن الوكالة

ولا يرد على ذلك ان الوكالة هنا بمجهول فلا تصح لان الوكالة هنا بالمجهول ضمناً لا قصداً والوكالة تصح بالمجهول ضمناً لا قصداً (در مختار)

فكل واحد من الشريكين في تصرفه يعني في البيع والشراء وتقبل العمل بالاجرة وكيل عن الاخر

وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بين الشركا ليتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف واصيلاً في الاخر لا يكون المستفاد مشتركاً لاختصاص المشتري بالمشترى (رد محتار)

وكما ان العقل والتمييز شرط في الوكالة فكذلك يشترط ايضاً في الشركة بوجه العموم ان يكون الشركاء عاقلين مميزين

ولما كانت شركة العقد تتضمن الوكالة فيشترط فيها ان يكون المعقود عليه قابلاً

الوكالة فلا تصح في مباح كاحتطاب واحتشاش واصطياد وتكدٍ واستقاء وسائر مباحات كاجتناء ثمار من جبال وطلب معدن من كنز وطبخ آجر من طين مباح لتضمنها الوكالة والتوكيل في اخذ المباح لا يصح وحينئذٍ فما حصله احدهما بدون عمل من الاخر فهو له خاصة وما حصله احدهما باعانة صاحبه فله ولصاحبه اجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وبه يفتى، وما حصلاه معاً ثم خلطاه وباعاه يقسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما وان لم يكن كيلياً ولا وزنياً قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد منهما الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر يشهد له بذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة عَلَى النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر (در مختار ورد محتار ملخصاً)

﴿المادة ١٣٣٤﴾ شركة المفاوضة تتضمن الكفالة ايضاً فيشترط في المتفاوضين اهليتهما للكفالة ايضاً

راجع المادتين ٦٢٨ و٦٢٩ ولا يمنع من صحة الكفالة جهالة المكفول له لثبوت الكفالة ضمناً لا قصداً (در مختار) ويفهم صريحاً من هذه المادة والمادة السابقة ان شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة فكل واحد من الشريكين فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه (خانية) انظر المادتين ١٣٥٦ و١٣٥٧

﴿المادة ١٣٣٥﴾ شركة العنان تتضمن الوكالة فقط

فتصح من اهل التوكيل كصبي مأذون بالتجارة ومعتوه يعقل البيع وان لم يكن اهلاً للكفالة لانها لا تقتضي الكفالة بل الوكالة ولذا تصح عاماً وخاصاً ومطلقاً وموقتاً (در مختار) وسيأتي ايضاح ذلك في المبحث الاول من الفصل السادس

ولا تتضمن الكفالة فاذا لم تذكر الكفالة حين عقدها فلا تكافل بين الشريكين فيجوز من ثم للصبي المأذون عقد شركة العنان لكن اذا ذكرت الكفالة حين عقد الشركة صار كل واحد من الشركاء كفيلاً عن الآخر ولكن يشترط حينئذ ان يكون الشركاء كلهم بالغين لتصح الكفالة راجع المادة ٦٢٨

﴿المادة ١٣٣٦﴾ يشترط ان يعلم كيف يقسم الربح بين الشركاء فاذا بقي مبهماً ومجهولاً كانت الشركة فاسدة

لان الربح هو المعقود عليه في الشركة وجهالة المعقود عليه تفسد العقد (علي افندي عن البدائع)

﴿المادة ١٣٣٧﴾ يشترط ان تكون حصص الربح التي تنقسم بين الشركاء جزءاً شايعاً كالنصف والثلث والربع فاذا اتفق الشركاء على اعطاء احدهم قدراً معيناً كانت الشركة باطلة

لانهُ يحتمل ان لا يربح غير الدراهم المسماة فيكون الربح كله لاحدهما مع ان الشركة تقتضي الاشتراك في الربح وذلك يقطعها فتفسد وعلة الفساد ما ذكر من قطع الشركة وليست العلة اشتراط شرط فاسد فيها لانها لا تفسد بالشروط الفا واذا فسدت الشركة بذلك فالربح على قدر المال (در مختار ورد محتار منح المادة ١٣٦٨

الفصل الثالث

في الشرائط المختصة بشركة الاموال

﴿المادة ١٣٣٨﴾ يشترط ان يكون رأس المال من قبيل النقود

فالعروض والمكيل والموزون والعددي المتقارب لا تصلح راس مال للشركة

﴿المادة ١٣٣٩﴾ المسكوكات النحاسية الرائجة معدودة من النقود عرفاً

﴿المادة ١٣٤٠﴾ غير المسكوك من الفضة والذهب اذا تعارف الناس واعتادوا التعامل بهِ فهو في حكم النقود والاّ ففي حكم العروض

﴿المادة ١٣٤١﴾ يشترط ان يكون راس المال عيناً فلا يجوز ان يكون الدين يعني ما يثبت في ذمم الناس راس مال للشركة فلو كان

لاثنين في ذمة آخر دين فلا يجوز ان يتخذاه راس مال ويعقدا الشركة عليه وكذا اذا كان راس مال احدهما عيناً وراس مال الآخر ديناً فالشركة غير صحيحة

سواء كانت مفاوضة او عناناً وكذا لا تصح الشركة ايضاً بمال غائب لتعذر المضي على موجب الشركة من البيع والشرا بالمال والربح به بل لا بد من كون المال حاضراً والمراد حضوره عند الشرا لا عند عقد الشركة فانه لو لم يوجد عند عقدها يجوز الا ترى انه لو دفع الى رجل الفاً وقال له اخرج مثلها واشترِ بها والربح بيننا انصافاً ولم يكن المال حاضراً وقت الشركة فبرهن المامور على انه فعل ذلك واحضر المال وقت الشرا جاز (بزازية) وفي رد المحتار دفع الى رجل الفاً وقال اشترِ بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل الشرا لم يضمن وبعده ضمن المشتري النصف (بحر عن الذخيرة) قلت ووجهه انه لما امره بالشرا نصفين صار مشترياً للنصف وكالة عن الآمر والنصف الاخر اصالة عن نفسه وقد اوفى الثمن من مال الآمر فيضمن حصة نفسه والظاهر ان هذه شركة ملك لا شركة عقد وليست بمضاربة ايضاً اه

❊المادة ١٣٤٢❊ لا يصح عقد الشركة على الاموال التي لا تعد من النقود كالعروض والعقار اي لا يجوز ان تكون هذه راس مال للشركة

سواء كانت الشركة مفاوضة او عناناً لانها حينئذٍ تؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه لا بد من بيعها فاذا باع احدهما عروضه بالف وباع الاخر عروضه بالف وخمسمائة ومقتضى العقد الشركة في الكل فما يأخذه صاحب الالف زيادة على الف ربح ما لا يضمن وقد نهى عليه السلام عن ربح ما لا يضمن (مجمع الانهر)

الا انه اذا اراد اثنان ان يتخذا المال الذي ليس من قبيل النقود راس مال للشركة فكل واحد منهما يبيع نصف ماله بنصف ما للآخر وبعد حصول اشتراكهما يجوز لهما عقد الشركة على هذا المال المشترك

لانه بالبيع صار بينهما شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب

الاخر ثم بالعقد بعده صارت شركة عقد فيجوز لكل منهما التصرف وكذا لو كان العرض لاحدهما فباع نصفه من الاخر بدراهم ثم عقدا الشركة في العرض الذي صار مشتركاً بينهما جاز (رد محتار) . وهذه حيلة لصحة الشركة بالعروض وهذا ان تساويا قيمة وان تفاوتا باع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة (در مختار) قال في رد المحتار قوله بقدر ما تثبت به الشركة اوضحه في النهاية بان تكون قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الاخر مائة فانه يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المتاع كله اخماساً ويكون الربح كله بينهما على قدر راس ماليهما ورده الزيلعي بان هذا الحمل غير محتاج اليه لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بان باع احدهما ربع ماله بثلاثة ارباع مال الاخر فعلم بذلك ان قوله باع نصف ماله بنصف مال الاخر وقع اتفاقاً او قصداً ليكون شاملاً للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان ولا يخفى ما فيه فان ما صوره في النهاية هو الواقع عادة لان صاحب الاربعمائة مثلاً لا يرضى في العادة ببيع نصف عرضه بنصف عرض صاحب المائة حتى يصير العرضان بينهما نصفين وان امكن ذلك لكن مطلق الكلام يحمل على المتعارف ولذا حملوا ما في المتون من بيع النصف بالنصف على ما اذا تساويا قيمة فافهم اه

وكذا لو كان لاثنين مال من نوع واحد من المثليات كما لو كان لكل واحد منهما مقدار من الحنطة فخلطا احدهما بالاخر وهكذا صار بينهما شركة الملك جاز لهما بعد ذلك ان يتخذا هذا المال المخلوط راس مال ويعقدا عليه الشركة

لان المثليات عين من جهة وثمن من جهة ثانية فاذا خلط النوع الواحد ترجحت جهة الثمنية وقيده بالنوع الواحد لانه لو خلط الحنطة بالشعير فلا يصح ان يصيرا حينئذ من القيميات

﴿المادة ١٣٤٣﴾ اذا كان لواحد برذون ولآخر اكاف فاشتركا

على ان يؤجراه وما حصل من اجرته يقسم بينهما فالشركة فاسدة وما يحصل من الاجرة لصاحب البرذون اما الاكاف فلما كان تابعاً للبرذون لم يكن لصاحبه حصة من الاجرة لكنه ياخذ اجر مثل اكافه

وكذا لو سلم حيوانه لآخر ليؤجره والاجرة بينهما فالشركة ايضاً فاسدة والاجرة كلها لصاحب الحيوان وللآخر اجر مثل عمله (هندية)

﴿المادة ١٣٤٤﴾ اذا كان لواحد دابة وللاخر امتعة وتشاركا على تحميل الامتعة على الدابة وبيعها على ان ما حصل من الربح يكون مشتركاً بينهما فالشركة فاسدة

لان راس مال احدهما عرض وراس مال الاخر منفعة وكذا لو دفع دابته لرجل ليؤجرها والاجر بينهما فالشركة فاسدة والربح للمالك وللاخر اجر مثله (در مختار)

وما حصل من الربح فهو لصاحب الامتعة اما صاحب الدابة فله اجر مثل دابته والدكان ايضاً مثل الدابة فلو كان لواحد دكان ولآخر امتعة فتشاركا على بيع الامتعة في الدكان على ان ما يحصل من الربح مشترك بينهما فالشركة فاسدة وربح الامتعة لصاحبها اما صاحب الدكان فله اجر مثل دكانه

ومثل ذلك السفينة كما لو كان لرجل سفينة فاشترك مع اربعة على ان يعملوا بسفينته وادواتها والخمس لصاحب السفينة والباقي بينهم بالسوية فالشركة فاسدة والحاصل لصاحب السفينة وعليه لهم اجر مثلهم (رد محتار)

الفصل الرابع

في بعض ضوابط تتعلق بشركة العقد

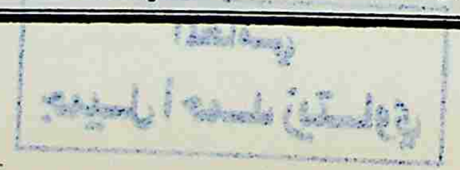
﴿المادة ١٣٤٥﴾ العمل يكون متقوماً بالتقويم اي ان العمل يتقوم

بتعيين قيمته ومن الجائزان يكون عمل الواحد اكثر قيمة بالنسبة الى عمل الآخر ٠مثلاً اذا كانا شريكي عنان وراس مالهما متساوٍ وكلاهما ايضاً مشروط عمله ومع هذا شرط لاحدهما حصة زائدة من الربح فالشرط جائز لانه يجوز ان يكون احدهما في التجارة امهر وعمله اكثر وانفع

حتى لو شرط اكثر الربح لادناها عملاً صح على الصحيح وفي القياس لا يجوز ذلك وان شرطا الزيادة لامهرهما لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لكن الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد كما في شركة الوجوه ويجوز استحساناً ٠وجه الاستحسان ان الموجود هنا ليس بربح لان الربح يقتضي المجانسة بينه وبين راس المال ولا مجانسة هنا لان راس المال هو العمل والربح مال فلم يتحد الجنس فكان ما اخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم اذا رضيا بقدر معين فيقدر بقدر ما قوم به فلم يؤدِ الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه حيث لا يجوز فيها التفاوت في الربح عند التساوي في المشترى لان جنس المال وهو الثمن الواجب في ذمتهما متحد والربح يتحقق في الجنس المتحد فلو جاز زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن (رد محتار) انظر المادة ١٤٠٢

✵ المادة ١٣٤٦ ✵ ضمان العمل نوع من العمل فاذا عقد اثنان شركة صنائع بانَ وضع احدهما في دكانه الاخر وهو من ارباب الصنائع على ان ما يتقبله هو ويلتزمه من الاعمال يعمله الآخر وما يحصل من الكسب يعني الاجرة بينهما مناصفة كانت شركتهما جائزة واستحقاق صاحب الدكان نصف الربح انما هو بضمانه وتقبله للعمل وتبعاً لذلك ينال ايضاً منفعة دكانه

قال في رد المحتار وفي البحر لو اشتركا على ان يتقبل احدهما المتاع ويعمل الاخر او يتقبله احدهما ويقطعه ثم يدفعه الى الاخر للخياطة بالنصف جاز فلو شرط عَلَى من عليه العمل ان لا يتقبل لا يجوز لانه عند السكوت جعل اثباتها اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي اه٠ وبه علم ان الشرط عدم نفي التقبل عن احدهما لانه اذا اشتركا على ان يتقبل احدهما ويعمل الاخر بلا نفي كان لكل منهما التقبل والعمل



لتضمن الشركة الوكالة وحكمها ان يصير كل منهما وكيلاً عن الاخر بتقبل الاعمال والتوكيل به جائز سواء كان الوكيل يحسن مباشرة ذلك العمل اولا اه

﴿ المادة ١٣٤٧ ﴾ كما ان استحقاق الربح يكون تارة بالمال او بالعمل كذلك بحكم المادة ٨٥ يكون تارة بالضمان ففي المضاربة يكون رب المال مستحقاً للربح بماله والمضارب بعمله واذا اتخذ واحد من ارباب الصنائع تلميذاً ليعمل له ما تقبله هو وتعهد به من العمل بنصف الاجرة فذلك جائز والكسب اي الاجرة المأخوذة من اصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقاً لذلك التلميذ بعملهِ يكون نصفها الاخر مستحقاً للاستاذ ايضاً لتقبله وضمانه للعمل

قال في الدرر والغرر اقعد خياط ونحوه في دكانه من يطرح عليه العمل بالنصف جاز فان صاحب الدكان قد يكون ذا جاهٍ وحرمة ولكن لا يكون حاذقاً في العمل فيقعد حاذقاً يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استاجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول فصار كقفيز الطحان لكنه جاز استحساناً لانه شركة وجوه وفي الحقيقة فان هذا بوجاهته يقبل وذاك بحذاقته يعمل فتنتظم المصلحة ولا تضره الجهالة فيما يحصل اه

﴿ المادة ١٣٤٨ ﴾ لا يستحق الربح الا بواحد من الثلاثة السالفة الذكر وهي المال والعمل والضمان فاذا قال رجل لآخر اتجر انت بمالك على ان الربح مشترك بيننا فلا تحصل الشركة وفي هذه الصورة ليس له اخذ حصة من الربح الحاصل

﴿ المادة ١٣٤٩ ﴾ استحقاق الربح انما هو بحسب ما يشترط في عقد الشركة لا بحسب العمل الواقع فالشريك المشروط عمله ولو لم يعمل يعد كانه عمل فاذا شرط العمل في الشركة الصحيحة على الشريكين

كليهما فعمل احدهما ولم يعمل الآخر لعذر او بغير عذر فان الربح يقسم بينهما على الوجه الذي اشترطاه لان كل واحد منهما وكيل عن الآخر فاذا عمل شريكه عدّ هو ايضاً كأنه عمل

﴿ المادة ١٣٥٠ ﴾ الشريكان كل واحد منهما امين الآخر

فيقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران الا انه اذا اقر بمقدار معين من الربح او الخسران ثم ادعى الخطأ فيه لا يقبل قوله للتناقض (اشباه) ويقبل قوله ايضاً في ضياع المال كلاً او بعضاً ولو من غير تجارة وفي الدفع لشريكه ولو ادعاه بعد موته كما في البحر مستدلاً بما في الولوالجية ونصه ولو وكل رجلاً بقبض الوديعة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت في حياته وهلك وانكرت الورثة او قال دفعته اليه صدق ولو كان ديناً لم يصدق لان الوكيل في الموضعين حكى امراً لا يملك استئنافه (وهو قبض الوديعة او الدين في حياة الموكل وهو لا يملك استئنافه بعد موت الموكل اي لو كان لم يقبض في حياته واراد استئناف القبض بعد موته لم يملكه لانه انعزل عن الوكالة) لكن من حكى امراً لا يملك استئنافه ان كان فيه ايجاب الضمان على الغير لا يصدق وان كان فيه نفي الضمان عن نفسه صدق والوكيل بقبض الوديعة في ما يحكي ينفي الضمان عن نفسه فيصدق والوكيل بقبض الدين فيما يحكي يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق اهـ. قلت اي ان الوكيل بقبض الدين اذا قال قبضته من المديون وهلك عندي او قال دفعته الى الميت لا يصدق بالنسبة الى براءة المديون لان في ذلك الزام الضمان على الميت فان الديون تقضى بامثالها فيثبت للمديون بذمة الدائن المتوفي مثل ما للدائن في ذمته فيلتقيان قصاصاً اما بالنسبة الى الوكيل نفسه فيصدق لانه امين وبموت الموكل لم ترتفع امانته وان بطلت وكالته فلا يضمن ما قبضه ولا يرجع عليه المديون (رد محتار ملخصاً) وسيأتي تمام ذلك في شرح المادة ١٧٧٤

فمال الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديعة فاذا تلف في يد احدهما بدون تعدٍ ولا تقصير لا يضمن حصة شريكه

اما لو هلك بتعديه او تقصيره فانه يضمن حصة شريكه كما هو ظاهر وهذا حكم

الامانات (در مختار) وفيه وتفرع على كونه امانة ما سئل قارئ الهداية عمن طلب محاسبة شريكه فاجاب لا يلزم بالتفصيل والقول قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران والضياع والرد الى الشريك ومثله المضارب والوصي والمتولي اه· وفيه عن القنية ان المتولي لا تلزمه المحاسبة كل عام ويكتفي القاضي منه بالاجمال لو معروفاً بالامانة ولو متهماً يجبره عَلَى التعيين شيئاً فشيئاً ولا يحبسه بل يهدده ولو اتهمه يحلفه والظاهر انه يقال مثل ذلك في الشريك والمضارب والوصي فيحمل اطلاقه على غير المتهم اي الذي لم يعرف بالامانة (رد محتار)

﴿ المادة ١٣٥١ ﴾ راس المال في شركة الاموال يكون مشتركاً بين الشريكين على التساوي او على التفاضل· لكن اذا كان راس المال من واحد والعمل من آخر وشرط ان يكون الربح مشتركاً بينهما كانت الشركة مضاربة كما يأتي في بابها المخصوص· واذا شرط كل الربح للعامل كانت قرضاً· واذا شرط كله لصاحب راس المال كان راس المال في يد العامل بضاعة والعامل مستبضعاً· ولما كان المستبضع في حكم الوكيل المتبرع كان الربح كله لصاحب المال والخسارة كلها عليه

﴿ المادة ١٣٥٢ ﴾ اذا مات احد الشريكين او جن جنوناً مطبقاً تنفسخ الشركة

سواء علم الآخر بموت شريكه او جنونه او لا لانه عزل حكمي وانما تنفسخ الشركة بالموت او الجنون لانها تتضمن الوكالة اي شرط لها ابتداء وبقاء لانه لا يتحقق الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الاخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكلة وبه اندفع ما قيل ان الوكالة تثبت تبعاً ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل ثم ان هذا في شركة العقد اما شركة الملك فلا تبطل بموت احد الشركا بل يبقى المال مشتركاً بين الحي وورثة الميت كما كان (رد محتار)

تنبيه : اذا بطلت الشركة بموت احد الشريكين او بجنونه فالربح الذي حصل بعد ذلك للعامل وحده (در مختار)

ولكن اذا كان الشركاء ثلاثة فاكثر فتنفسخ الشركة في حق الميت او المجنون وحده وتبقى بين الا خرين

وتنفسخ الشركة ايضاً بانكارها ويضمن المنكر حصة الاخر لان جحود الامين غصب وتنفسخ ايضاً بقول احد الشريكين لا اعمل معك . قال في البحر اشتركا واشتريا امتعة ثم قال احدهما لا اعمل معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الامتعة فالحاصل للبائع وعليه قيمة المتاع لان قوله لا اعمل معك فسخ للشركة معه واحدهما يملك فسخها وان كان المال عروضاً بخلاف المضاربة هو المختار (رد محتار) وسيأتي بيان الفرق في شرح المادة الآتية

﴿ المادة ١٣٥٣ ﴾ تنفسخ الشركة بفسخ احد الشريكين

ولو المال عروضاً ، بخلاف المضاربة هو المختار . والفرق ان مال الشركة في ايديهما معاً وولاية التصرف اليهما جميعاً فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان او عروضاً بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عروضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه(ردمحتار)

ولكنه يشترط علم الآخر بفسخه، فلا تنفسخ الشركة بفسخ احدهما الا متى علمه الاخر

لانه عزل قصدي وهو نوع حجر فيشترط علمه به دفعاً للضرر عنه ، راجع المادة ٩٦٢ . اما لو فسخ احدهما فلا يشترط رضا الاخر (بحر)

﴿ المادة ١٣٥٤ ﴾ اذا فسخ الشريكان الشركة فاقتسماها على ان تكون النقود الموجودة لواحد والديون التي في الذمم لآخر لا تصح القسمة وفي هذه الصورة مهما قبض احدهما من النقود الموجودة يشاركه الآخر فيه، وما في الذمم من الدين يبقى ايضاً مشتركاً بينهما، راجع المادة ١١٢٣

﴿ المادة ١٣٥٥ ﴾ اذا اخذ احد الشريكين مقداراً من مال

الشركة ومات مجهلاً وهو في حال العمل تستوفى حصة شريكه من تركته ، راجع المادة ٨٠١

• اعلم ان الشريك يضمن بموته مجهلاً نصيب شريكه سواء كان مال الشركة عيناً او ديوناً على الناس لكن اذا علم ان وارثه يعلمها لا يضمن • ولو ادعى الوارث العلم وانكر الطالب فان فسرها الوارث وقال هي كذا وهلكت صدق (رد محتار) راجع المادة ٨٠١

الفصل الخامس

في شركة المفاوضة

﴿المادة ١٣٥٦﴾ كل من المتفاوضين كفيل عن الآخر كما تقدم في الفصل الثاني • فاقرار احدهما كما ينفذ في حق نفسه ينفذ ايضاً في حق شريكه

الا اذا اقر لمن لا تقبل شهادته له كاصوله وفروعه وزوجته (در مختار) • وفائدة نفوذ اقراره بحق شريكه انه اذا ادعى واحد على احدهما بيعاً او نحوه فله تحليف الاخر الذي لم يباشر العقد ولكن يحلف المباشر على البت اي القطع لانه فعل نفسه ويحلف الاخر على العلم لانه فعل غيره ، وانما يحلف الاخر لان الدعوى على احدهما دعوى عليهما • ولو ادعى احد شيئاً على الشريك الغائب فله تحليف الحاضر على علمه لانه فعل غيره ، ثم اذا قدم الغائب له تحليفه باتاً لانه فعل نفسه (در مختار ورد محتار)

واذا اقر احدهما بدين فللمقر له ان يطالب ايهما شاء ومهما ترتب من الدين على احد المفاوضين من المعاملات الجارية في الشركة كالبيع والشراء والاجارة يلزم الآخر ايضاً

ولو كان ترتبه باقراره (غرر) وكذا ايضاً كل دين ترتب على احدهما من كفالة بمال بامره وغصب كاستهلاك وديعة او جحودها يلزم الاخر ايضاً وهذا قول الامام وخالفه صاحباه في مسألة الكفالة حيث قالا لا يلزم الاخر لانه تبرع وله انها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهآ لان للكفيل تضمين المكفول عنه لو كانت بامره بخلاف كفالة

النفس لانها تبرع ابتداءً وانتهاءً وكذا كفالة المال بلا امر فلا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة (رد محتار) قلت ولم يذكر ترجيحاً لاحد القولين ولكن عامة المتون عَلَى قول الامام

وكما ان ما باعه احدهما يجوز رده على الآخر بالعيب كذلك ما اشتراه احدهما يجوز ان يرده الآخر بالعيب

﴿المادة ١٣٥٧﴾ما يأخذه احد المفاوضين لنفسه واهله وعياله من المأكولات والالبسة وسائر الحوائج الضرورية هو له خاصة لاحق لشريكه فيه

وهذا استحسان ، والقياس ان يكون ذلك على الشركة لانه من عقود التجارة فكان من جنس ماتناوله عقد الشركة وجه الاستحسان انها مستثناة من مقتضى المفاوضة اذ كل منهما حين شارك صاحبه كان عالماً بحاجته الى ذلك في مدة المفاوضة ومعلوم ان كلاً منهما لم يقصد بالمفاوضة ان تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لايتمكن من تحصيل حاجته الا بالشراء فصار كل منهما مستثنياً هذا القدر من تصرفه مما هو مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط بالمقال (درر) ثم ان المقصود بالحوائج الضرورية الواردة في هذه المادة هو ما ذكر من المأكولات والالبسة وشمل ايضاً شراء بيت للسكنى والاستئجار للسكنى او للركوب لحاجته فان ذلك من جملة الحوائج الاصلية كما في رد المحتار عن البحر

ولكن للبائع مطالبة شريكه ايضاً بثمن هذه الاشياء بمقتضى الكفالة

ولهذا الشريك ان يرجع عَلَى شريكه المشتري بما ادى بقدر حصته ان ادى من مال الشركة لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة (درر) اما ان ادى من غيره وهو ملك له لا يرجع و بطلت المفاوضة ان كان من جنس ما تصح فيه الشركة لان بدخوله في ملكه زاد ماله والا فلا تبطل كما اذا دفع عرضاً كما لا يخفى (طحطاوي)

تتمة : يستفاد من هذه المادة ان ما اشتراه احد المتفاوضين يقع له ولشريكه الا المأكولات والالبسة . و يؤيده ما في الخيرية : اشترى احد المتفاوضين داراً او كرماً فذلك مشترك بينهما وان كتب في الصك انه اشترى لنفسه اذ تقرر ان احد

المتفاوضين لا يملك الشرا لنفسه خاصة في عير طعام اهله وكسوتهم الى آخره اه

﴿المادة ١٣٥٨﴾ المفاوضان في شركة الاموال كما انه يشترط تساويهما في راس مالهما وحصتهما من الربح يشترط ايضاً ان لا يكون لاحدهما زيادة عن رأس المال تصلح راس مال للشركة كالنقود والاموال التي في حكم النقود اما اذا كان لاحدهما زيادة عن راس مال الشركة لا تصلح راس مال للشركة بان كانت تلك الزيادة عروضاً او عقاراً او ديناً في ذمة آخر فلا تضر المفاوضة

اي فلا تنقلب عناناً وكذا لو لم يبقَ مع احدهما زيادة على الاخر ولكنه بعد عقد المفاوضة ملك احدهما مالاً تصح فيه الشركة بهبة او وصية بطلت المفاوضة ايضاً ولو ورث احدهما بعد عقد المفاوضة على التساوي مالاً تصح فيه الشركة فان كان عيناً بطلت المفاوضة وان كان ديناً في ذمة احد فلا تبطل حتى يقبض لان الدين لا تصح فيه الشركة (تنوير وطحطاوي ملخصاً) انظر المادة ١٣٦٢

﴿المادة ١٣٥٩﴾ الشريكان في شركة الاعمال اذا عقدا شركتهما على ان يتقبل كل واحد منهما اي عمل كان وشرطا التساوي في ضمانهما العمل وتقبله وفي الفائدة والضرر وشرطا كفالة احدهما للاخر بكل ما يلزمه بسبب الشركة كانت شركتهما مفاوضة وفي هذه الصورة تجوز مطالبة كل واحد منهما باجرة الاجير واجرة الدكان واذا ادعى عليهما رجل بمتاع واقر به احدهما كان اقراره نافذاً عليهما وان انكر الآخر

﴿المادة ١٣٦٠﴾ اذا عقد الشركة اثنان على اخذ المال نسيئة وبيعه وجعل المال المشترى وثمنه وربحه مشتركاً بينهما مناصفة وكل واحد منهما كفيل الاخر تكون شركتهما مفاوضة شركة الوجوه

والمراد بهاتين المادتين ان كلاً من شركة الاعمال وشركة الوجوه تكون تارةً

مفاوضة وتارة عنانًا فاذا اجتمعت فيهما شروط المفاوضة المار ذكرها كانتا مفاوضة وان
فقد شرط منها او اطلقت الشركة كانتا عنانًا (در مختار) كذلك انظر المادة ١٣٦٢
ثم انه اذا كانت شركة الاعمال او شركة الوجوه مفاوضة فتتضمن الكفالة والوكالة
فتجري فيها سائر احكام المفاوضة المدرجة في المواد ١٣٥٦ و١٣٥٧ و١٣٥٩ و ١٣٦
وان كانت عنانًا فلا تتضمن الكفالة بل الوكالة فقط كما مر في المادة ١٣٣٣

﴿ المادة ١٣٦١ ﴾ يشترط في عقد المفاوضة ذكر لفظ المفاوضة
او تعداد جميع شرائطها واذا عقدت الشركة مطلقًا كانت عنانًا

وفي رد المحتار يقع كثيراً في الفلاحين ونحوهم ان احدهم يموت فتقوم اولاده على
تركته بلا قسمة ويعملون فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانة ونحو ذلك وتارة
يكون كبيرهم هو الذي يتولى مهماتهم ويعملون عنده بامره كل ذلك على وجه
الاطلاق والتفويض ولكن بلا تصريح بلفظ المفاوضة ولا بيان جميع مقتضياتها مع
ان التركة كلها او اغلبها عروض لا تصح فيها شركة العقد ولا شك ان هذه ليست
شركة مفاوضة بل هي شركة ملك كما حررتهُ في تنقيح الحامدية . ثم رأيت التصريح
به بعينه في فتاوى الحلواني فاذا كان سعيهم واحداً ولم يتميز ما حصله كل واحد منهم
بعمله يكون ما جمعوه مشتركاً بينهم بالسوية وان اختلفوا في العمل والراي كثرة
وصوابًا ، افتى به في الخيرية ، وما اشتراه احدهم لنفسه يكون له ويضمن حصة شركائه
من ثمنه اذا دفعه من المال المشترك وكل ما استدانه احدهم يطالب به وحده اه

﴿ المادة ١٣٦٢ ﴾ اذا فقد شرط من الشروط المذكورة في هذا
الفصل على الوجه المار تنقلب المفاوضة عنانًا . مثلاً اذا دخل الى يد واحد
من المفاوضين في شركة الاموال مال بالارث او بطريق الهبة وكان
يصلح راس مال للشركة كالنقود تنقلب المفاوضة عنانًا لكن اذا كان
الزائد على راس المال لا يصلح راس مال للشركة كالعروض والعقار فلا
يضر بالمفاوضة

واذا بطلت المفاوضة لفقدها المساواة ابتداء وانتهاء هل تبطل الكفالة ? قال في

رد المحتار يمكن ان يقال تبطل وان يقال لا تبطل لان المعتبر في العنان عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها قال في الفتح وقد يرجح الاول بانها كفالة بمجهول فلا تصح الا ضمناً فاذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصداً اهـ . قلت لكن في الخانية ولا يكون في شركة العنان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه اذا لم يذكرا الكفالة بخلاف المفاوضة اهـ . ومقتضاه انه يكون كفيلاً اذا ذكرا الكفالة وهذا ترجيح للاحتمال الثاني ولعل وجهه ان الكفالة متى ذكرت في عقد الشركة ثبتت تبعاً لها وضمناً لا قصداً لان الشركة لا تنافي الكفالة بل تستدعيها لكنها لا تثبت فيها الا باقتضاء اللفظ لها كلفظ المفاوضة او بذكرها في العقد فتأمل اهـ

﴿ المادة ١٣٦٣ ﴾ كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط ايضاً لصحة المفاوضة ولا عكس

﴿ المادة ١٣٦٤ ﴾ كل ما جاز من التصرف للشريكين شركة عنان جاز ايضاً للمفاوضين ولا يعكس

الفصل السادس

في شركة العنان ويشتمل على ثلاثة مباحث

المبحث الاول

في المسائل العائدة الى شركة الاموال

﴿ المادة ١٣٦٥ ﴾ لا يشترط التساوي في رأس مال المتشاركين شركة عنان بل يجوز ان يكون راس مال احدهما اكثر من راس مال الاخر ولا يلزم كل واحد منهما ادخال جميع نقده في راس المال بل يجوز ان يعقد الشركة على مجموعه او على مقدار منه ومن ثم يجوز ان يبقى لهما فضلة

عن راس مالهما تصلح راس مال للشركة كالنقود مثلاً

اي لا يشترط التساوي في شركة العنان فتصح مع التفاضل في راس المال بان يكون لاحدهما الف وللاخر الفان وفي الربح بان يكون ثلثا الربح لاحدهما وثلثه للاخر وتصح مع التساوي فيهما اي في راس المال والربح وفي احدهما دون الاخر (مجمع الانهر) وسيأتي تمام ذلك في شرح المادة ١٣٧٠

✲ المادة ١٣٦٦ ✲ كما يجوز عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز ايضاً عقدها على نوع منها خاصة كتجارة الحنطة مثلاً

✲ المادة ١٣٦٧ ✲ كيفما شرط تقسيم الربح في الشركة الصحيحة فذلك الشرط اذا كان موافقاً للشرع يراعى على كل حال

قيد الشرط بكونه موافقاً للشرع لانه لو كان مخالفاً له كما في المسائل الآتية في المواد ١٣٧١ و ١٣٧٢ و ١٤٠٢ فلا يصح وحينئذٍ يقسم الربح على نسبة حصصهم من راس المال · ثم لا يخفى ان هذا في شركة العنان لان الكلام فيها، اما شركة المفاوضة فانما تصح اذا شرط التساوي في الربح بين الشركاء كما مر في المادة ١٣٥٨

✲ المادة ١٣٦٨ ✲ يقسم الربح في الشركة الفاسدة على مقدار راس المال · فلو شرط لاحد الشريكين زيادة فلا عبرة للشرط

لان الشركة لما فسدت صار المال مشتركاً شركة ملك والربح في شركة الملك على قدر المال (رد محتار) وفيه ان الشركة الفاسدة اما بدون مال او به من الجانبين او من احدهما فحكم الاولى ان الربح فيها للعامل والثانية بقدر المال وليس لاحدهما اجر إن عمل لانه لا اجر للشريك في العمل بالمشترك والثالثة الربح لرب المال وللاخر اجر مثله اهـ · راجع المادتين ١٣٤٣ و ١٣٤٤ وشرحهما

✲ المادة ١٣٦٩ ✲ الضرر او الخسار الواقع بلا تعدٍ ولا تقصير ينقسم في كل حال على قدر راس المال . واذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر الشرط

فمن كان له ثلث رأس المال مثلاً يصيبه من الخسارة ثلثها ولو شرط عليه اقل من ذلك او اكثر لحديث الربح على ماشرطا والوضيعة على قدر المالين (مجمع الانهر)

﴿ المادة ١٣٧٠ ﴾ اذا شرط الشريكان تقسيم الربح بينهما على نسبة راس المال صح الشرط سواء تساويا في راس المال او تفاضلا ويقسم الربح بينهما على نسبة راس مالهما كما شرطا سواء شرط عمل الاثنين او شرط عمل احدهما وحده الا انه اذا شرط عمل الواحد وحده كان راس مال الآخر في يده بحكم البضاعة

اي و يكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته (رد محتار عن العناية)

﴿ المادة ١٣٧١ ﴾ اذا تساوى الشريكان في راس المال وشرطا من الربح حصة زائدة لاحدهما كالثلثين مثلاً وشرط ايضاً عمل الاثنين فالشركة صحيحة والشرط معتبر (راجع المادة ١٣٤٥) اما اذا شرط عمل احدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي شرط له زيادة الربح فالشركة صحيحة ايضاً والشرط معتبر ويصير ذلك الشريك مستحقاً ربح راس ماله بماله والزيادة بعمله لكن حيث كان راس مال شريكه في يده بحكم مال المضاربة كانت الشركة شبه المضاربة وان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي شرط له الحصة القليلة من الربح فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما على نسبة راس المال لانه اذا قسم الربح على الوجه الذي شرطا فلا يكون للزيادة التي ياخذها الشريك الذي لم يعمل ما يقابلها من مال او عمل او ضمان والحال ان استحقاق الربح انما هو بواحد من هذه الثلاثة راجع المادتين ١٣٤٧ و١٣٤٨

قال في رد المحتار عند ذكره هذه المسألة : وهذا اذا كان العمل مشروطاً فلا ينافي ما ذكره الزيلعي من انه اذا اراد رب المال ان يجعل مال المضاربة مضموناً على المضارب اقرضه كله الا درهماً منه وسلمه اليه وعقد شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان الربح بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه اه. ووجه عدم المنافاة ان العمل هنا لم يشترط على احد في عقد الشركة بل تبرع به المستقرض فيجوز لصاحب الدرهم الواحد ان يأخذ من الربح بقدر ما شرط من نصف او اكثر او اقل وان لم يكن عاملاً . ويؤيد هذا التوفيق ما ذكره في البحر في بحث ما لا يبطل بالشرط الفاسد حيث قال ما نصه: قوله والشركة بان قال شاركتك على ان تهديني كذا ومن هذا القبيل ما لو شرطا العمل على اكثرهما مالاً والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما اثلاثاً . وقد وقعت حادثة توهم بعض حنفية العصر انها من هذا القبيل وليست كذلك وهي تفاضلا في المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع افضلهما مالا بالعمل فاجبت ان الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل عَلَى اكثرهما مالاً والتبرع ليس من قبيل الشرط والدليل عليه ما في بيوع الذخيرة اشترى حطباً في قرية شراء صحيحاً وقال موصولاً بالشراء من غير شرط في الشراء احمله الى منزلي لا يفسد العقد لان هذا ليس بشرط في البيع بل هو كلام مبتدا بعد تمام البيع فلا يوجب فساده اه كلام البحر وهو صريح فيما ذكرناه من التوفيق وبقي ما يقع كثيراً وهو ان يدفع رجل الى آخر الفاً يقرضه نصفها ويشاركه عَلَى ذلك على ان الربح ثلثاه للدافع وثلثه للمستقرض فهنا تساويا في المال دون الربح وصريح ما مر انه لا يصح للدافع اخذ اكثر من نصف الربح الا اذا كان هو العامل فلو كان العامل هو المستقرض كما هي العادة كان له نصف الربح بقدر ما له لكنه محمول عَلَى ما اذا شرط العمل عليه وان لم يشترط صح التفاضل كما علمت من التوفيق اه ملخصاً

❊ المادة ١٣٧٢ ❊ اذا شرط تقسيم الربح على التساوي بين الشريكين وكان راس مالهما متفاضلاً بان كان راس مال احدهما مئة الف قرش وراس مال الاخر مائة وخمسين الفاً صار كأنه شرط لذي الحصة القليلة من راس المال زيادة من الربح بالنسبة الى راس ماله . والحكم في

ذلك كالحكم فيما لو شرطت زيادة الربح لاحد الشريكين عند تساويهما في راس المال فاذا شرط عمل الاثنين او عمل الشريك الذي شرطت له زيادة الربح وهو من قلّ راس ماله صحت الشركة واعتبر الشرط وان شرط عمل ذي الحصة القليلة من الربح وهو الشريك الذي كثر راس ماله فهو غير جائز و يقسم الربح بينهما على نسبة راس مالهما

وجه الفرق ان الشريك يستحق ربح راس ماله بماله والزيادة بمهارتهِ اذا شرط عمل الاثنين وبعمله اذا شرط عمله وحده اما اذا شرط العمل على شريكهِ فقط فلا وجه لاستحقاقهِ ما زاد عن ربح راس ماله

﴿ المادة ١٣٧٣ ﴾ يجوز لكل واحد من الشريكين ان يبيع مال الشركه سواء كان بالنقد او بالنسيئة او بما قل او كثر من الثمن

مفاده انهُ يصح البيع بالغبن الفاحش وبهِ صرح في رد المحتار اما الشراء فلا يجوز الا بالمتعارف كما سياتي في المادة الاتية ولا يجوز ايضاً الشراء بالنسيئة اذا لم يكن في يده دراهم من مال الشركة اذ لو اشترى بدراهم نفسهِ فالشراء له انظر المادة ١٣٧٥.

وهل يجوز لشريك العنان ان يبيع ممن ترد شهادتهُ له ؟ لم ارَه ولكن قال في التنوير وصح بيع مفاوض ممن ترد شهادتهُ له اه. قال طحطاوي عن الحموي انظر هل المفاوض قيد في كلام المنصف اه

﴿ المادة ١٣٧٤ ﴾ يجوز لأي الشريكين اذا كان راس مال الشركة في يده ان يشتري بالنقد والنسيئة ولكن اذا اشترى بالغبن الفاحش وقع الشراء له لا للشركة

انما يشتري بالنسيئة لانها من توابع التجارة (مجمع الانهر) وانما يقع الشراء له اذا اشترى بغبن فاحش لانهُ وكيل عن شريكه وشراء الوكيل بالغبن الفاحش لا ينفذ على موكله كما سياتي في المادة ١٤٨٢

﴿ المادة ١٣٧٥ ﴾ ليس لاحد الشريكين اذا لم يكن راس مال

الشركة في يده ان يشتري مالاً لاجل الشركة فان اشترى كان ذلك المال له

لانهُ لو وقع مشتركاً لتضمن ايجاب مال زائد على الشريك وهو لم يرضَ بالزيادة على راس المال ومفاده انهُ لو رضي وقع مشتركاً لانهُ يملك الاستدانة باذن شريكهِ وهذا في العنان اما في المفاوضة فالشراء عليهما مطلقاً كما في الخانية (رد محتار)

﴿ المادة ١٣٧٦ ﴾ اذا اشترى احد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتهما كان ذلك الشيء له خاصة ليس لمشاركه منه حصة

لان كل واحد منهما يصير وكيلاً عن الاخر بحكم الشركة والوكالة تقبل التخصيص (خانية) اي وان الشريك مأذون بمقتضى هذه الوكالة ان يشتري ما هو من جنس تجارتهما فاذا خالف الاذن لم ينفذ الشراء عَلَى شريكهِ بل يقع له لعدم توقف الشراء

لكن اذا كان راس مال الشركة في يد احدهما فاشترى مالاً من جنس تجارتهما ولو بمال نفسه وقع الشراء للشركة . مثلاً اذا عقد الشركة اثنان على تجارة البز فاشترى احدهما حصاناً بمال نفسه وقع الشراء له وليس لشريكه حصة في ذلك الحصان اما اذا اشترى ثوب بز فهو للشركة ولو اشهد حين شرائه بان قال هذا الثوب اشتريته لنفسي ليس لشريكي فيه حصة فذلك لا يفيده و يكون ذلك الثوب مشتركاً بينه و بين شريكه

وللمشتري ان يرجع على شريكهِ بحصته من الثمن ان ادى من مال نفسه اي مع بقاء مال الشركة وان لم يبقَ في يده شيءٌ من مال الشركة فالشراء له خاصة (در مختار) وقد مر في المادة السابقة قال في رد المحتار وانما يرجع المشتري عَلَى شريكه لانه وكيل عنه في حصته فيرجع عليه بحسابه ان ادى من مال نفسه وان من مال الشركة لم يرجع وان كان شراؤه لا يعرف الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو ينكر والقول للمنكر بيمينه و بقي ما لو صدقه في الشراء للشركة و كذبه في دعوى الاداء من مال نفسه . قال الخير الرملي والذي يظهر ان القول للمشتري لانه

لما صدقه الاخر في الشراء ثبت الشراء للشركة وبه يثبت نصف الثمن بذمته ودعواه انه دفع من مال الشركة دعوى وفائه فلا تقبل بلا بينة ولذا قالوا اذا لم يعرف شراؤه الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو ينكر وهنا ليس منكراً بل مقراً بالشراء الموجب لتعلق الثمن بذمته وله تحليفه انه ما دفعه من مال الشركة اه. ثم لا يخفى انه في صورة ما اذا كذبه في الشراء للشركة ان كان ما اشتراه هالكا فظاهر وان كان قائماً فهو للمشتري وان كذبه في اصل الشراء وادعى انه من اعيان الشركة فالقول للمشتري ان كان المال في يده لما سيأتي من انه لو قال ذو اليد استقرضت الفاً فالقول قوله. وفي الخانية اشترى متاعاً فقال الاخر هو من شركتنا وقال المشتري هو لي خاصة اشتريته بمالي لنفسي قبل الشركة فالقول له بيمينه بان ما هو من شركتنا لانه حر يعمل لنفسه فيما اشترى اه. و بقي شيء اخر يقع كثيراً وهو ما لو اشترى احدهما من شريكه لنفسه شيئاً من اعيان الشركة هل يصح ام لا لكونه اشترى ما يملك بعضه والذي يظهر لي انه يصح لانه في الحقيقة اشترى نصيب شريكه بحصته من الثمن المسمى وان وقع الشراء في الصورة على الكل. ثم رايت في الفتح بانه لو ضم ماله الى مال المشتري و باعهما بعقد واحد صح في ماله بحصته من الثمن على الاصح اه ملخصاً

﴿المادة ١٣٧٧﴾ حقوق العقد انما تعود الى العاقد فاذا اشترى احد الشريكين مالاً كان عليه وحده قبض المبيع واداء ثمنه فثمن المال الذي اشتراه احدهما انما يطالب به هو ولا يطالب به شريكه و كذا لو باع احد الشريكين مالاً فقبض ثمنه له وحده

فللمشتري ان يمتنع من اداء الثمن الى الشريك الاخر اذ ليس لاحد الشريكين اخذ ثمن ما باعه شريكه ولا المخاصمة فيما باعه او ادانه (در مختار) قال في رد المحتار وكذا لا يجوز تاجيله الدين لو العاقد غيره او هما عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في نصيبه ولو اجله العاقد جاز في النصيبين عندهما وعند ابي يوسف في نصيبه فقط واصله الوكيل بالبيع اذا ابرأ عن الثمن او حط او اجله يصح عندهما خلافاً لابي يوسف الا ان هناك يضمن لموكله عندهما لا هنا انظر المادة ١٤٩٨ وشرحها

حتى لو ادّاه المشتري للآخر فانه يبرأ من حصة الشريك الذي قبض الثمن وحده ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد . وكذا اذا وكل الشريك العاقد رجلاً لقبض ثمن المال الذي باعه فليس لشريكه عزله ولكن اذا وكل احد الشريكين رجلاً ببيع او شراء او اجارة فللشريك الآخر عزله

والفرق انه ليس لاحد الشريكين قبض ثمن ما باعه الاخر ولا المخاصمة فيه كما مرّ فكذا ليس له اخراج وكيله بالقبض بخلاف البيع والاجارة فان لكل واحد منهما ان يباشرهما فيحق للآخر عزل الوكيل الذي وكله احدهما (رد محتار)

﴿ المادة ١٣٧٨ ﴾ الرد بالعيب ايضاً من حقوق العقد فما اشتراه احد الشريكين ليس للآخر رده بالعيب وما باعه احدهما لا يرد بالعيب على الآخر

وان باع احدهما متاعاً فرد عليه بعيب فقبله جاز ولو بلا قضاء وكذا لو حط او اخر من عيب وان بلا عيب جاز في حصته وكذا لو وهب او اقر بعيب في متاع باعه جاز عليهما (بزازية)

﴿ المادة ١٣٧٩ ﴾ لكل واحد من الشريكين ايداع مال الشركة وله ان يعطيه مضاربة او بضاعة

اما لو اخذ المال مضاربة فان كان يتصرف فيما ليس من جنس تجارتهما فهو له خاصة وكذا لو اخذ مضاربة بحضرة صاحبه ليتصرف فيما هو من تجارتهما واما اذا اخذ المال مضاربة ليتصرف فيما كان من تجارتهما او مطلقاً حال غيبة شريكه يكون الربح مشتركاً بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال ويراد بالاطلاق عدم التقييد بكونه من تجارتهما (رد محتار) ثم اعلم ان المراد بالشريكين هنا شريكا المفاوضة والعنان كما في التنوير والملتقى والغرر واطلاق المادة يفيده كذلك راجع المادة ١٣٦٤ وفي الدر المختار ولكل منهما ايضاً ان يعير اه . فلو اعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس ان يضمن المعير حصة شريكه ولكن استحسن ان لا يضمن وهذا قياس قول الامام وصاحبيه وكذا الحكم فيما لو اعار داراً او ثوباً (رد محتار)

وله عقد الاجارة فله استئجار دكان واجير لاجل حفظ مال الشركة

وله ايضاً ان يستاجر من يتجر له وله ان يوكل بالبيع والشراء لان التوكيل بهما من اعمال التجارة والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل بالشراء صريحاً اذ ليس له ان يوكل به لانه عقد خاص طالب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله (رد محتار)

ولكن ليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا ان يعقد شركة مع آخر بدون اذن شريكه فان فعل وضاع مال الشركة كان ضامناً حصة شريكه

وانما جاز للشريك ان يضارب ولم يجز له ان يشارك لان المضاربة دون الشركة لكون الوضيعة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة ولا تتضمن الشركة لان الشيء لا يستتبع مثله (مجمع الانهر)

ولا يملك احد الشريكين ايضاً الرهن الا باذن شريكه او يكون هو العاقد بموجب الدين وحينئذٍ يصح اقراره بالرهن والارتهان اما لو ولي العقد غيره او كان واياه لا يجوز اقراره في حصة شريكه وهل يجوز في حصة نفسه فهو على الخلاف (تاتر خانية) ثم اعلم انه اذا رهن احدهما ولم يكن ولي العقد لم يجز و يضمن حصة شريكه ولو ارتهن بدين لهما لم يجز عَلَى شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته و يرجع شريكه بحصته عَلَى المطلوب و يرجع المطلوب بذلك على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وهذا كله لو الشركة عناناً اما المفاوض فله ما ذكر من الشركة والرهن ولو فاوض ان باذن شريكه جاز والا تنعقد عناناً وما خصه من الربح يكون بينه و بين شريكه ولا يجوز لاحد شريكي العنان ان يهب شيئاً من مال الشركة الا اذا كان من جنس ما يؤكل و يهدى كاللحم والخبز والفاكهة و يستثنى ايضاً هبة ثمن ما باعه . ففي البحر لو باع احد المتفاوضين عيناً من تجارتهما ثم وهب الثمن من المشتري او ابرأه منه جاز اه . لكنه يضمن نصيب صاحبه من الثمن كوكيل البيع اذا فعل ذلك (خانية) ثم انه اذا وهب احد الشريكين ما لا تجوز هبته كثوب ونحوه لم تجز الهبة في حصة شريكه بل في حصته فقط ان وجد شرط الهبة من التسليم والقسمة فيما يقسم وكذا لا يجوز لكل من الشريكين كل ما كان اتلافاً للمال او تمليكاً للمال بغير عوض

لان الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

❋المادة ١٣٨٠❋ لا يجوز لاحد الشريكين ان يقرض اخر من مال الشركة ما لم يأْذنه شريكه

صريحاً فلو قال اعمل برايك لا يكفي انظر المادة ١٣٨٢

ولكن له ان يستقرض لاجل الشركة ومهما استقرض احدهما من الدراهم يكون ديناً على شريكه ايضاً بالاشتراك معه

فلو هلك هلك عليهما (رد محتار) وليس للمقرض ان يطالب الا المستقرض لان حقوق العقد عليه راجع مادة ١٣٧٧ ولو قال احد الشريكين عند طلب الاخر القسمة استقرضت الفاً صدق بيمينه ان كان المال في يده لانه حينئذٍ امين فقد ادعى ان الالف حق الغير بخلاف ما اذا لم يكن المال في يده لانه يدعي ديناً عليه فلو قال لي في هذا المال الذي في يدي كذا يقبل ايضاً كما يقبل انه للغير وهي واقعة الفتوى و به افتى الرملي وافتى ايضاً في الخيرية فيما اذا قال الذي في يده المال كنت استدنت من فلان كذا للشركة ودفعت له دينه بان القول قوله بيمينه (رد محتار ملخصاً) قلت والمراد بالشريك هنا شريك العنان والمفاوض كما هو ظاهر بل المفاوض اولى كما لا يخفى

❋المادة ١٣٨١❋ اذا سافر احد الشريكين الى ديار اخرى لاجل امور الشركة ياخذ نفقته من مالها

فما انفقه على نفسه من كرائه ونفقته وطعامه وادامه في جملة راس المال وهذا استحسان فان ربح تحسب النفقة من الربح وان لم يربح كانت من راس المال (خانية) وفي الهندية ولو خرج الى موضع يمكنه ان يبيت باهله لا تحسب من مال الشركة اه

❋المادة ١٣٨٢❋ اذا فوض احد الشريكين امور الشركة الى راي الاخر قائلا اعمل برايك او اعمل ما تريد فله ان يعمل كل ما هو من توابع التجارة فيجوز له رهن مال الشركة والارتهان لاجلها والسفر بمال

الشركة وخلطه بماله وعقد الشركة مع آخر لكن لا يجوز له اتلاف المال ولا تمليكه بغير عوض الا باذن صريح من شريكه فليس له من ثم ان يقرض او يهب من مال الشركة الا بصريح الاذن من شريكه

﴿المادة ١٣٨٣﴾ اذا نهى احد الشريكين الآخر بقوله لا تذهب بمال الشركة الى ديار اخرى ولا تبع المال نسيئة فلم يسمع له وذهب الى ديار اخرى او باع نسيئة ضمن حصة شريكه من الخسار الواقع

اي اذا هلك المبيع اما لو كان المبيع قائماً فيتوقف البيع على اجازة الشريك فان اجازه جاز والربح بينهما (در مختار)

﴿المادة ١٣٨٤﴾ اقرار احد الشريكين بدين في معاملات شركة العنان لا يسري على الآخر فاذا اقر بان هذا الدين انما لزم بعقده ومعاملته خاصة كان ايفاؤه بتمامه لازماً عليه وان اقر بانه دين لزم من معاملتهما معاً لزمه نصفه وان اقر بانهُ دين لزم من معاملة شريكه خاصة فلا يلزمه شيءٌ

وكذا الحكم لو اقر بعين لاخر (رد محتار)

المبحث الثاني

في مسائل عائدة الى شركة الاعمال

﴿المادة ١٣٨٥﴾ شركة الاعمال هي عقد شركة على تقبل الاعمال

كما اذا اتفق خياطان او خياط وصباغ على تقبل الاعمال فلا يلزم اتحاد صنعة ومكان (در مختار) اما الاول فظاهر واما الثاني فلأن المعنى المجوز لشركة الاعمال من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان او كون الاعمال من اجناس او جنس واحد (رد محتار)

فالاجيران المشتركان يعقدان الشركة على تقبل اي التزام العمل الذي يطلبه منهما المستأجر سواء تساويا او تفاضلا في ضمان العمل

فيشترط في العمل الذي يجوز عقد الشركة عليه ان يكون من الاعمال التي يستحقها المستأجر بعقد الاجارة كتعليم الكتابة والقرآن والفقه على المفتى به بخلاف شركة دلالين فان عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بعقد الاجارة حتى لو استأجر دلالاً ليبيع له او يشتري فالاجارة فاسدة اذا لم يبين له اجلاً وكذا شركة مغنيين وشهود محاكم لعدم صحة الاستئجار على الشهادة ومثله الشركة بالتكدي لان التوكيل بالتكدي لا يصح وما لا تصح فيه الوكالة لا تصح فيه الشركة (در مختار ورد محتار ملخصاً) ومثل ذلك شركة الاصطياد والاحتطاب من مباح كما مر في بابه

يعني سواء عقدا الشركة على تقبل العمل وضمانه على التساوي بينهما او شرطا ثلث العمل مثلاً على احدهما والثلثين على الآخر

❋ المادة ١٣٨٦ ❋ لكل واحد من الشريكين تقبل العمل والتزامه ويجوز ايضاً ان يتقبله احدهما ويعمله الآخر ويجوز ايضاً للخياطين المشتركين شركة صنائع ان يتقبل احدهما المتاع ويقصه ويفصله والآخر يخيطه

❋ المادة ١٣٨٧ ❋ كل واحد من الشريكين وكيل عن الآخر في تقبل العمل فالعمل الذي يتقبله احدهما يكون ايفاؤه لازماً عليه وعلى شريكه ايضاً فعنان شركة الاعمال في حكم المفاوضة من حيث ضمان العمل لان للمستأجر ان يطالب ايهما اراد بايفاء العمل الذي تقبله احدهما وكل منهما يلزمه ايفاء ذلك العمل فليس لاحدهما ان يقول هذا العمل تقبله شريكي فانا لا يعنيني امره

❋ المادة ١٣٨٨ ❋ عنان شركة الاعمال في حكم المفاوضة ايضاً من حيث البدل. يعني ان لكل واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بكل

الاجر واذا دفعه المستأجر ايضاً الى اي منهما برىء

لقد تبين من هذه المادة والتي قبلها ان شركة الاعمال ولو كانت مقيدة بالعنان او مطلقة تعتبر مفاوضة في حق ثلاثة احكام، الاول ان العمل الذي تقبله احد الشركا يكون ايفاؤه لازماً عليه وعلى شركائه ، الثاني انه يجوز لكل الشركا المطالبة بأجرة العمل، الثالث لو دفع المستاجر الاجر الى احدهما برئ من حصته وحصة الاخر. وثبوت هذه الاحكام في شركة العنان او الشركة المطلقة استحسان لا قياس لان الكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا يرى ان ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الاخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل (مجمع الانهر) وفيما سوى هذه الاحكام فالشركة باقية على مقتضى العنان ولذا لو اقر بدين من ثمن مبيع مستهلك او اجر اجير او دكان لمدة مضت لا يصدق الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الاخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها فلو كان المبيع لم يستهلك او المدة لم تمض فانه يلزمهما (رد محتار)

تنبيه : اذا فسخ الشركا الشركة او مات الذي تقبل العمل لا يكون الشريك الاخر ملزوماً بايفائه (هندية)

❊ المادة ١٣٨٩ ❊ ليس على احد الشريكين ان يعمل بنفسه ما تقبله من العمل بل ان شاء عمله بيده وان شاء دفعه الى شريكه او الى آخر الا ان يكون المستأجر قد شرط عمله بالذات اذ يلزمه حينئذٍ ان يعمله بنفسه. راجع المادة ٥٧١

❊ المادة ١٣٩٠ ❊ يقسم الشركاء الربح بينهم على الوجه الذي شرطوه. يعني ان شرطوا تقسيمه متساوياً قسموه على التساوي وان شرطوا تقسيمه على التفاضل كالثلث والثلثين مثلاً قسم حصتين وحصة

سواء عمل الشركا على التساوي او على التفاضل بل ولو لم يعمل احدهما اصلاً لعذر او بدونه لانه استحق الربح بتقبل العمل وضمانه

﴿ المادة ١٣٩١ ﴾ اذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب كان جائزاً : مثلاً اذا شرط الشريكان ان يعملا على التساوي وان يقسما الكسب حصتين وحصة كان جائزاً لانه يجوز ان يكون احدهما امهر في صنعته وادق في العمل

اعلم ان التفاضل في الربح عند التساوي في العمل لا يجوز قياساً لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد كما في شركة الوجوه و يجوز استحساناً لان ما يأخذه ليس ربحاً لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس وهنا راس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس فكان ما ياخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم اذا رضيا بقدر معين فيقدر بقدر ما قوم به فلم يؤدِ الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه حيث لايجوز فيها التفاوت في الربح عند التساوي في المشتري لان جنس المال وهو الثمن الواجب في ذمتهما متحد والربح يتحقق في الجنس المتحد فلو جازت زيادة الربح لكان ربح ما لم يضمن (رد محتار)

﴿ المادة ١٣٩٢ ﴾ الشريكان يستحقان الاجرة بضمان العمل فاذا عمل احدهما وحده ولم يعمل الآخر بان مرض او سافر او توانى فيقسم الربح والاجرة بينهما على الوجه الذي شرطاه

وكذا لو امتنع احدهما عن العمل عمداً بلا عذر اي فله حصته من الربح يعني من الحاصل من اجر عمل الاخر (در مختار) لان الربح انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل فعلاً

﴿ المادة ١٣٩٣ ﴾ اذا تلف او تعيب المستأجر فيه بصنع احد الشريكين كان الضمان عليه وعلى الشريك الآخر وللمستأجر ان يضمن ما له اياً شاء منهما و يقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان . مثلاً اذا عقدا الشركة على تقبل الاعمال وتعهدها مناصفة يقسم الخسار ايضاً مناصفة

واذا عقدا الشركة على تقبل الاعمال وتعهدها ثلثين وثلثاً يقسم الخسار ايضاً حصتين وحصة

﴿ المادة ١٣٩٤ ﴾ يصح عقد الشركة بين الحمالين على التقبل والعمل بالأشتراك

بخلاف اشتراكهما في العمل فقط فانه لا يصح كما لو اشترك ثلاثة من الحمالين على ان يملأ احدهم الجوالق و يأخذ الثاني فمها ويحملها الثالث الى بيت المستاجر والاجر بينهم بالسوية فان الشركة فاسدة وفسادها لهذه الشروط فان شركة الحمالين صحيحة اذا اشتركوا في التقبل والعمل جميعاً وهنا لم يذكر التقبل اصلاً بل مجرد العمل مقيداً على كل واحد بنوع منه (رد محتار)

﴿ المادة ١٣٩٥ ﴾ اذا عقد الشركة اثنان على ان يتقبلا العمل والدكان من احدهما ،والآلات والادوات من الاخر فالشركة صحيحة

وكذا سائر الصناعات ولو اشتركا على ان من احدهما آلة الصناعة والعمل من الاخر فسدت والربح للعامل وعليه اجر مثل الآلة (بزازية)

﴿ المادة ١٣٩٦ ﴾ اذا عقد اثنان شركة الصنائع على ان الدكان من احدهما ومن الآخر العمل صح

لم يتراء لي وجه الصحة مع ان القياس يقتضي فساد هذه الشركة لعدم تقبل العمل راجع المادة ١٣٤٤

﴿ المادة ١٣٩٧ ﴾ اذا كان لاحدهما بغل والآخر جمل فعقدا شركة الاعمال على تقبل والتزام نقل الحمولة على التساوي صح ويقسم الكسب الحاصل والاجرة بينهما مناصفة ولا ينظر الى زيادة حمل الجمل لان الشركا في شركة الاعمال يستحقون البدل بضمان العمل . لكن اذا لم يعقدا الشركة على

تقبل العمل بل على ايجار البغل والجمل عيناً وتقسيم الاجرة الحاصلة بينهما فالشركة فاسدة

لان معنى هذه الشركة ان كلاً منهما قال لصاحبه بع منافع دابتك ودابتي على ان ثمنه بيننا (رد محتار)

واي يؤجر من بغل او جمل تكون اجرته لصاحبه لكن اذا اعان احدها الآخر في العمل والنقل فله اجر مثل عمله

اما ان اجراها باجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل اجر البغل ومثل اجر الجمل فلو الجمل يؤجر بضعف ما يؤجر به البغل مثلاً فلصاحب الجمل ثلثا الاجر ولصاحب البغل ثلثه (طحطاوي) وان اجر كل واحد دابته وشرطا عملهما في الدابة او عمل احدهما من السوق او الحمل او غيرذلك كان الاجر مقسوماً بينهما على قدر اجر مثل دابتهما وعلى مقدار اجرعملهما كما قبل الشركة(رد محتار)

﴿ المادة ١٣٩٨ ﴾ اذا عمل رجل في صنعة هو وابنه الذي في عياله فجميع الكسب لذلك الرجل وولده يعد معيناً له

فيه قيدان احتراز يان كما تشعر عبارة المتن : الاول ان يكون الابن في عيال الاب الثاني ان يعملا معاً في صنعة واحدة اذ لو كان لكل منهما صنعة يعمل فيها وحده فربحه له

وكذا اذا اعانه ولده الذي في عياله عند غرسه شجرة فتلك الشجرة للاب لا يشاركه ولده فيها

وفي الخانية زوّج بنيه الخمسة في داره وكلهم في عياله واختلفوا في المتاع فهو للاب وللبنين الثياب التي عليهم لا غير فان قالوا هم او امرأته بعد موته ان هذا استفدناه بعد موته فالقول لهم وان اقروا انه كان يوم موته فهو ميراث من الاب اه وقد ذكر في رد المحتار خلافاً في المرأة مع زوجها اذا اجتمع بعملهما اموال كثيرة فقيل هي للزوج وتكون المرأة معينة له الا اذا كان لها كسب على حدة فهو لها وقيل بينهما نصفان اه . قلت وتقديمه الاول يدل على ترجيحه

المبحث الثالث

في مسائل عائدة الى شركة الوجوه

﴿ المادة ١٣٩٩ ﴾ لا يشترط ان تكون حصص الشركاء على التساوي في المال المشترى فكما يجوز ان يكون ما اشترياه من المال مناصفة بينهما يجوز ايضاً أن يكون بينهما ثلثين وثلثاً

وذلك لان شركة الوجوه تكون تارةً مفاوضة وتارةً عناناً فاذا شرط التساوي في المال المشترى كانت مفاوضة وان شرط التفاوت انعقدت عناناً راجع المادة ١٣٣٢ واذا اطلقت كانت عناناً (در مختار)

﴿ المادة ١٤٠٠ ﴾ استحقاق الربح في شركة الوجوه انما يكون بالضمان

اي بضمان ثمن ما يشتريه الشركا

﴿ المادة ١٤٠١ ﴾ ضمان ثمن المال المشترى يكون بالنسبة الى حصة الشريكين فيه

فان كانت شركتهما على المثالثة كان على صاحب الثلث ثلث الثمن والثلثان على شريكه ولكن البائع يطالب العاقد منهما بالثمن والعاقد يرجع على شريكه بمثل حصته

﴿ المادة ١٤٠٢ ﴾ تكون حصة كل واحد من الشركاء في الربح بقدر حصته في المال المشترى واذا شرط لواحد زيادة عن حصته في هذا المال كان الشرط لغواً و يقسم الربح بينهم على مقدار حصصهم من المال المشترى. مثلاً اذا شرط ان تكون الاشياء المشتراة بينهما مناصفة كان الربح ايضاً مناصفة وان شرط كونها ثلثين وثلثاً كان الربح ايضاً ثلثين وثلثاً ولكن لو جعلت الاشياء المشتراة على المناصفة وشرطا تقسيم الربح ثلثين وثلثاً فهذا الشرط لا يعتبر و يقسم الربح بينهما مناصفة

وذلك لان استحقاق الربح في شركة الوجوه انما هو بالضمان كما مر في المادة ١٤٠٠ وهو على قدر الملك في المال المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن بخلاف شركة العنان فان التفاضل في الربح فيها مع التساوي في المال صحيح كما مر في المادة ١٣٩١ لانها في معنى المضاربة من حيث ان كلاً منهما يعمل في مال صاحبه فالتحقت بها راجع شرح المادة المذكورة

﴿المادة ١٤٠٣﴾ يقسم الضرر والخسار في كل حال على مقدار حصص الشركا في المال المشترى سواءً باشروا عقد الشراء بالاتحاد او باشره احدهم وحده. مثلاً اذا تشاركا شركة وجوه فخسرت تجارتهما وكان عقد الشركة على المناصفة بينهما في المال المشترى فان الخسار يقسم بينهما ايضاً على التساوي وان عقدا الشركة على جعل الحصة ثلثين وثلثاً في المال المشترى فيقسم الضرر والخسار ايضاً ثلثين وثلثاً سواء اشتريا المال الذي خسرا فيه بالاتحاد او اشتراه احدهما لاجل الشركة

وذلك لما تقدم في المادة ١٤٠١ من ان الضمان بقدر الملك ولو انهما شرطا الخسارة على التفاوت فالشرط باطل كما هو ظاهر

تنبيه : شركة الوجوه ان كانت مفاوضة تضمنت الوكالة والكفالة وان كانت عناناً تضمنت الوكالة فقط (در مختار)

الباب الرابع

في المضاربة ويشتمل عَلَى ثلاثة فصول

الفصل الاول

في تعريف المضاربة وتقسيمها

﴿ المادة ١٤٠٤ ﴾ المضاربة نوع شركة على ان راس المال من واحد والسعي والعمل من آخر ويقال لصاحب راس المال رب المال وللعامل مضارب

وانما قيدوا بكون العمل والسعي من جانب لانه لو اشترط عَلَى رب المال ان يعمل مع المضارب فسدت وكذا تفسد ايضاً لو اخذ رب المال المال من المضارب بلا امره وباع واشترى به الا اذا صار المال عروضاً فلا تفسد ولو اخذه من المضارب كما سياتي

﴿ المادة ١٤٠٥ ﴾ ركن المضاربة الايجاب والقبول فاذا قال رب المال للمضارب خذ هذا راس المال مضاربة فاسعَ او اعمل على ان الربح بيننا مناصفة او ثلثين وثلثاً او قال قولاً يفيد معنى المضاربة كقوله خذ هذه الدراهم واجعلها راس مال والربح بيننا على وجه كذا وقبل المضارب انعقدت المضاربة

﴿ المادة ١٤٠٦ ﴾ المضاربة قسمان احدهما المضاربة المطلقة والآخر المضاربة المقيدة

﴿ المادة ١٤٠٧ ﴾ المضاربة المطلقة هي التي لا تتقيد بزمان ولا مكان ولا نوع تجارة ولا بتعيين بائع او مشترٍ فاذا تقيدت بواحد من هذه كانت مضاربة مقيدة فاذا قال له بع في الوقت الفلاني او في المكان الفلاني او اشترِ وبع الاموال الفلانية او عامل فلاناً وفلاناً او اهالي البلدة الفلانية كانت المضاربة مقيدة

الفصل الثاني

في شروط المضاربة

❋ المادة ١٤٠٨ ❋ يشترط اهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة

❋ المادة ١٤٠٩ ❋ يشترط ان يكون راس المال مالاً تصح به الشركة

(انظر الفصل الثالث من باب شركة العقد)

وذلك لان المضاربة تصير شركة بحصول الربح فلا بد من مال تصح به الشركة وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة (درر)

فلا يجوز ان يكون العقار والعروض والدين في الذمة راس مال في المضاربة

حتى ولو كان الدين في ذمة المضارب لان المضارب امين ابتداء ولا يتصور كونه امينًا فيما عليه من الدين (درر)

لكن رب المال اذا اعطى شيئاً من العروض الى المضارب وقال بع هذا واعمل بثمنه مضاربة وقبل المضارب وقبض ذلك المال و باعه واتخذ نقود ثمنه راس مال للتجارة كانت المضاربة صحيحة

لانه لم يضف المضاربة الى العرض بل الى ثمنه وهو مما تصح به المضاربة والاضافة الى المستقبل تجوز لانها وكالة او وديعة او اجارة فلا يمنع شيء منها الاضافة اليه (درر)

كذلك اذا قال اقبض الدين الذي لي في ذمة فلان وقدره كذا غروشاً وضارب به وقبل الآخر صحت المضاربة

لانه اضاف المضاربة الى زمان القبض والدين فيه يصير عيناً وهو يصلح ان يكون راس مال (درر) ولكن مع هذا لا يصير المضارب ماذونا بالعمل ما لم يقبض كل الدين (رد محتار)

وقد احترز بقوله في ذمة فلان عما اذا كان الدين بذمة المضارب فانه لا يصح حتى لو عمل المضارب كان الربح له ودين رب المال على حاله (درر) وفي مجمع الانهر لو قال اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كل الدين ضمن ولو قال فاعمل به لا يضمن وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلا يكون ماذوناً بالعمل الا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو فانه يكفى قبض البعض كذا في بعض المعتبرات لكن في القول بان الفاء كالواو في هذا الحكم نظر لان ثم يفيد الترتيب والتراخي والفاء يفيد التعقيب والترتيب فينبغي ان لا يثبت الاذن فيها قبل القبض بل يثبت عقبه بخلاف الواو فانها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب وفي المجتبى لو قال اشترِ عبداً نسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز ولو قال رب المال للغاصب او المستودع او المبضع اعمل بما في يدك مضاربة جاز اه

﴿ المادة ١٤١٠ ﴾ يشترط تسليم رأس المال الى المضارب

قال في الملتقى وشرحه مجمع الانهر وشرط تسليم المال الى المضارب بلا يد لرب المال فيه لان تخلية المال للعامل واجبة للتمكن من التصرف حتى لو شرط عمل رب المال معه فسدت المضاربة لان ذلك مخل بالتسليم ولا فرق في ذلك فيما اذا كان رب المال عاقداً او غير عاقد كالصغير اذا عقدها له وليّه وشرط عمل الصغير معه فانه لا يجوز لان يد الملك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا اذا عقد المضاربة احد المتفاوضين او احد شريكي العنان وشرط عمل شريكه معه فانه لا يجوز لقيام الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لو دفع الاب او الوصي مال الصغير مضاربة وشرط عمل نفسه جاز لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فجاز اشتراط العمل عليهما وفيه اشعار بان الوصي اذا دفع مال الصغير الى نفسه مضاربة جاز كما في الذخيرة لكن ينبغي ان يزاد في هذه المسالة ان الوصي لا يجعل لنفسه من الربح اكثر مما يجعل لامثاله كما قال الطرسوسي اه

﴿ المادة ١٤١١ ﴾ يشترط في المضاربة كما في شركة العقد ان يكون راس المال معلوماً

لئلا يقعا في المنازعة وكفت في اعلام راس المال الاشارة كما اذا دفع الى رجل دراهم مضاربة وهو لا يعرف قدرها فانه يجوز والقول في قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة للمالك (در مختار)

وتعين حصة العاقدين من الربح جزءًا شائعاً كالنصف والثلث

اي ويشترط ايضاً في المضاربة ان يكون نصيب كل منهما من الربح معلوماً عند العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد (درر) ويشترط ايضاً ان يكون جزءًا شائعاً كالنصف او الثلث لتحقق المشاركة بينهما في الربح قل او كثر فلو شرط لاحدهما قدر معين كمائة مثلاً فسدت المضاربة لقطع الشركة في الربح ولاحتمال ان لا يحصل من الربح الا مقدار ما شرط له راجع المادة ١٣٣٧ وشرحها. ومن شروط المضاربة ايضاً كون نصيب المضارب من الربح حتى لو اشترط له من راس المال او منه ومن الربح فسدت (در مختار) . وفيه عن الجلالية كل شرط يوجب جهالة في الربح او يقطع الشركة فيه يفسدها والا بطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب وصح العقد اعتباراً بالوكالة اه وذلك لان الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح والجهالة فيه لا تفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (درر) . قلت والضابط الذي ذكره في الدر المختار غير مضطرد لما مرّ في شرح المادة ١٤١٠ من ان المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال وباشتراط نصيب المضارب في راس المال والحال ان هذين الشرطين لا يندرجان تحت الضابط المذكور قال في تكملة رد المحتار ويمكن دفع هذا الاعتراض بان هذين الشرطين مخصصان لعموم الضابط او بان الضابط انما وضع لبيان الشروط المفسدة وهما ليسا منها اذ فساد المضاربة بشرط العمل على رب المال ليس لكونه شرطاً مفسداً بل لتضمنه انتفاء شرط صحة المضاربة وهو تسليم المال الى المضارب اه . قلت بقي فساد المضاربة باشتراط نصيب المضارب من راس المال فانه لا يمكن ان يقال فيه ما قيل في الشرط الاول لا سيما وقد علل صاحب التكملة الفساد فيه بكونه شرطاً لا يقتضيه العقد تامل

لكن اذا عبر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك بيننا

صرف الى المساواة فيقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب

﴿ المادة ١٤١٢ ﴾ اذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة آنفاً كما اذا لم تكن حصة العاقدين من الربح جزءاً شائعاً بل جعل لاحدهما من الربح قدر معين ككذا غرشاً فسدت المضاربة

واذا اختلف العاقدان في صحتها وفسادها فالقول لمدعي الصحة سواء كان رب المال او المضارب اذ الاصل ان القول لمدعي الصحة في العقود الا اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح الا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لانهُ ينكر زيادة يدعيها المضارب (خانية)

الفصل الثالث

في احكام المضاربة

﴿ المادة ١٤١٣ ﴾ المضارب امين فراس المال في يده في حكم الوديعة

سوآ كانت المضاربة صحيحة او فاسدة (مجمع الانهر) لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشرا لانه قبضه بدلاً وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقةً (درر) والحيلة ان يصير المال مضموناً على المضارب ان يقرضه رب المال المال الادرهماً ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما اقرضه عَلَى ان يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط فان هلك فالقرض عليه (در مختار)

اما من حيث تصرفه في رأس المال فهو وكيل رب المال

لتصرفه بامره فيرجع المضارب بما لحقه من العهدة على رب المال (درر) كما لو رد على المضارب بالعيب ولم يوجد ما يؤدي ثمنه من مال المضاربة او استحق في يد المشتري ورجع على المضارب بثمنه ولم يوجد ما يؤديه فادى من مال نفسه فانه يرجع على رب المال (تكملة) ومن هذا القبيل ما لو كان مال المضاربة الفاً فاشترى به المضارب متاعاً وهلك الالف قبل نقده للبائع لم يضمن المضارب لانه امين بل

يدفع رب المال للمضارب الفاً اخرى ثم وثم اي كلما هلك دفع اخرى الى غير نهاية وراس المال جميع ما دفع . بخلاف الوكيل فانه اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشرا ثم هلك بعد الشراء وقبل نقده الى البائع فانه لايرجع الا مرة واحدة لان يد الوكيل ثانياً يد استيفاء لا يد امانة بخلاف المضارب بيانه ان المال في يد المضارب امانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لانه لا يكون الا بقبض مضمون فكل ما قبض يكون امانة وقبض الوكيل ثانياً استيفاء لانه وجب له عَلَى الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا صار مستوفياً له صار مضموناً عليه فيهلك عليه بخلاف ما اذا لم يكن مدفوعاً اليه الا بعد الشرا حيث لايرجع اصلاً لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرا فجعل مستوفياً بالقبض بعده اذ المدفوع اليه قبل الشرا امانة وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفياً فاذا هلك يرجع مرة لما قلنا (در مختار ورد محتار)

واذا ربح كان شريكاً فيه

اي في الربح لانه حصل بالمال والعمل فيشتركان فيه (منح)

﴿ المادة ١٤١٤ ﴾ المضارب في المضاربة المطلقة يصير بمجرد عقد المضاربة مأذوناً بالعمل في لوازم المضاربة وما يتفرع عنها فاولاً يجوز له البيع والشراء لاجل الربح

ولو كان البيع فاسداً لان المبيع فيه يملك بالقبض فيحصل الربح بعقد المعاوضة وهو من صنيع التجار بخلاف البيع الباطل كما في الاشباه وليس المراد منه انه يجوز للمضارب مباشرة البيع الفاسد لحرمته بل المراد انه لا يكون مخالفاً فلا يكون غاصباً فلا يخرج المال عن كونه في يده امانة (تكملة) ويجوز شراء المضارب من رب المال وعكسه اما شراء رب المال من المضارب مال المضاربة فانه وان كان ماله لكنه لا يملك التصرف فيه بعد صيرورته عرضاً وصحة العقد تحتمل حصول الثمرة وقد حصلت بملكه التصرف واما شراء المضارب من رب المال فهو صحيح لان ما شراه لا يملك فيه العين ولا التصرف وهو وان شراه للمالك لانه وكيل عنه لكنه في شرائه فائدة وهو حصول الربح له وفيه فائدة للمالك ايضاً لانه ربما يعجز عن بيعه بنفسه (تكملة)

ولكن اذا اشترى مالاً بالغبن الفاحش وقع الشراء لنفسه فلا يدخل في حساب المضاربة

وان قال له رب المال اعمل برأيك ولو اشترى باكثر من راس المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الاثمان كان الشراء لنفسه اما بالدنانير فالشراء للمضاربة لان الدراهم والدنانير جنس واحد (رد محتار) وفيه لا يتجر المضارب مع امراته وولده الكبير العاقل ووالديه عند الامام خلافاً لهما اه

ثانياً يجوز له البيع سواء كان بالنقد او بالنسيئة بقليل الثمن او كثيره ولكن انما يجوز له التأجيل الى اجل متعارف ومعتاد بين التجار فليس له بيع الاموال الى اجل طويل غير متعارف بينهم

اي انه يجوز للمضارب ان يبيع بالغبن الفاحش كالوكيل بالبيع المطلق و بالنقد وبالنسيئة لانه ربما لا يحصل له الربح الا بالنسيئة وفي الدر المختار انه يجوز له ايضاً الشراء بالنقد والنسيئة اه

ثالثاً يجوز له قبول الحوالة بثمن المال الذي باعه

سواء كان المحال عليه ايسر من المحيل او اعسر منه لان كل ذلك من صنيع التجار (ملتقى)

رابعاً يجوز له توكيل غيره بالبيع والشرا

والقبض والخصومة . والاصل ان كل تجارة لو باشرها المضارب صح على رب المال فاذا وكل بذلك يصح على رب المال ولو وكل المضارب غيره بالخصومة في الدين فاقر الوكيل ان المضارب اخذه جاز فان قال المضارب لم اقبضه فلا ضمان عليه وقد برىء الغريم كما لو اقر بالقبض من المطلوب فانكر المضارب (هندية) وفيها اذا وكل المضارب وكيلاً بقبض مال المضاربة من رب المال او بدفع شيء منه اليه كان جائزاً واذا امر رب المال المضارب ان ينفق على اهله فوكل المضارب وكيلاً بالنفقة عليهم فهو جائز فان قال الوكيل انفقت عليهم مائة درهم في مدة ينفق مثلها على مثلهم وقال المضارب انفقت مائتي درهم في مدة ينفق مثلها على مثلهم وقال رب المال ما انفقت

شيئاً فالقول قول المضارب وذهب من المال مائتا درهم ولا يضمن الوكيل شيئاً وانما يصدق المضارب لان المال في يده وكذا كل وكيل يدفع اليه المال ويؤمر بان ينفقه على شيء من الاشياء كان مصدقاً على ذلك بالمعروف اه

خامساً يجوز له ايداع مال المضاربة والابضاع به والرهن والارتهان والايجار والاستئجار . سادساً يجوز له ان يسافر الى بلدة اخرى لاجل التجارة

الا اذا كان السفر مخوفاً فانه لا يجوز (مجمع الانهر) وفي رد المحتار ولو اخر المضارب الثمن جاز على رب المال ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص ولو حط بعد الثمن ان لعيب طعن فيه المشتري وما حط حصته او اكثر يسيراً جاز وان كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان راس المال ما بقي على المشتري اه

✱ المادة ١٤١٥ ✱ المضارب في المضاربة المطلقة لا يكون مأذوناً بمجرد عقد المضاربة في خلط مال المضاربة بماله ولا في اعطائه مضاربة

اذ الشيء لا يتضمن مثله وكذا لا يملك المضارب ايضاً الشركة لانها اعلى من المضاربة الا باذن رب المال او بقوله اعمل برأيك ولكن لو ضارب المضارب بلا اذن المالك لم يضمن بالدفع ما لم يعمل المضارب الثاني سوآ ربح او لا لان الدفع ايداع وهو يملكه فاذا عمل تبين انه مضاربة فيضمن الا اذا كانت المضاربة الاولى والثانية فاسدة قال في البحر وان كانت احداهما فاسدة او كلاهما فلا ضمان على واحد منهما وللعامل اجر المثل على المضارب الاول ويرجع به الاول على رب المال والوضيعة على رب المال والربح بين الاول ورب المال على الشرط الذي بينهما بعد اخذ الثاني اجرته اذا كانت المضاربة الاولى صحيحة والا فللاول اجر مثله اه. ثم انه اذا ضاع المال في يد المضارب الثاني قبل العمل الموجب للضمان فلا ضمان على احد وكذا لا ضمان لو غصب المال من الثاني وانما الضمان على الغاصب فقط ولو استهلكه الثاني او وهبه فالاشهر ان رب المال مخير فيضمن ايهما شاء وكذا لو هلك المال بعد العمل يخير رب المال ايضاً ان شاء ضمن المضارب الاول راس ماله وان شاء ضمن الثاني وان

اختار اخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني والربح بينهما على ما شرطا لانه باداء الضمان ملكه من وقت خالف وان ضمن الثاني رجع بما ضمن عَلَى الاول لانه التزم له سلامة المقبوض عن الضمان وصحت المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستنداً الى وقت التعدي فتبين انه دفع مضاربة ملك نفسه وكان الربح بينهما على ماشرطا اه ملخصاً عن التنوير و رد المحتار

لكن اذا كان ذلك في بلدة من عادة المضاربين فيها خاط مال المضاربة بمالهم كان المضارب في المضاربة المطلقة مأذوناً في ذلك ايضاً

﴿المادة ١٤١٦﴾ اذا كان رب المال في المضاربة المطلقة قد فوض الى راي المضارب امور المضاربة قائلاً له اعمل برايك كان المضارب مأذوناً بخلط مال المضاربة بماله و باعطائه مضاربة على كل حال

فان اعطاه بالثلث وقد قيل للمضارب الاول ما رزق الله فبيننا نصفان فللمالك النصف عملاً بشرطه وللمضارب الثاني الثلث المشروط وللاول السدس الباقي ولو قيل ما رزقك الله بكاف الخطاب والمسالة بحالها فللمضارب الثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان باعتبار الخطاب فيكون لكل ثلث ومثله ما ربحت من شيء او ما كان لك فيه من ربح وكذا لو شرط للثاني اكثر من الثلث او اقل فالباقي بين المالك والاول لان المالك بهذه الصور ما شرط لنفسه جميع الربح بل نصف ما يحصل للاول من الربح فاستحق الثاني جميع ما شرط له وماوراء ذلك جميع ما حصل للمضارب الاول والمالك شرط لنفسه نصف ذلك فكان الباقي بينهما ولو قيل ما رزق الله فلي نصفه او قال ما فضل بيني و بينك نصفان وقد دفع الى اخر مضاربة بالنصف فالنصف للمالك والنصف للثاني ولا شيء للاول لان المالك شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف شرط الاول النصف للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ولا شيء للاول لانه جعل ما كان له للثاني ولو شرط المضارب الاول للثاني ثلثي الربح فللمالك والمضارب الثاني النصفان ويضمن المضارب الاول للثاني السدس من الربح لانه شرط له شيئاً هو مستحق للمالك وهو السدس فلم ينفذ في حق المالك ووجب عليه

الضمان بالتسمية لانه التزم السلامة فاذا لم يسلم رجع عليه اه ملخصاً عن الدر المختار والدرر

تنبيه : اذا اذن رب المال للمضارب ان يضارب او قال له اعمل برايك ثم نهاه صح نهيه الا اذا كان بعد العمل (اشباه)

لكنه في هذه الصورة لا يكون مأذوناً بالهبة والاقراض من مال المضاربة ولا ان يستدين اكثر من راس المال

هذا اذا كان المال في يده والا فلا يجوز له ان يستدين ولو اقل من راس المال كما اذا اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن فلو كان عنده من جنسه ولكن لم يفِ فما زاد عليه فقط استدانة (رد محتار) ولا يجوز له ايضاً الرهن فلو رهن شيئاً من مال المضاربة كان ضامناً (بحر)

بل مباشرة هذه الامور موقوفة على صريح الاذن من رب المال

وكذا الاخذ بالشفعة لا يملكه الا بصريح الاذن وكما لا تجوز الاستدانة على مال المضاربة لا تجوز على اصلاحه فلو اشترى بجميع مالها ثياباً ثم استاجر على حملها او فتلها كان متطوعاً عاقداً لنفسه (تكملة)

﴿ المادة ١٤١٧ ﴾ اذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربح الحاصل يقسم على مقدار راس المال. يعني ان ربح راس ماله ياخذه هو وربح مال المضاربة يقسم بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطاه

﴿ المادة ١٤١٨ ﴾ المال الذي اشتراه المضارب بالنسيئة زيادة على راس المال باذن رب المال يكون مشتركاً بينهما شركة وجوه

فما اشترى به يكون بينهما نصفين والدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة فربح مالها على ما شرطا (رد محتار)

﴿ المادة ١٤١٩ ﴾ اذا سافر المضارب بعمل المضاربة الى بلدة غير البلدة التي وجد فيها ياخذ نفقته المتعارفة من مال المضاربة

والمراد بالسفر هنا ان يغدو الى بلدة ولا يتمكن من الرجوع مساء الى بيته كما يفهم من كلام التملكة فاذا سافر المضارب ولو يوماً سواء كان سفره للتجارة او لطلب الديون فمصرفه اي طعامه وشرابه وكسوته وركوبه وكل ما يحتاجه عادة كغسل الثياب واجرة من يخدمه واجرة الحمام والحلاق من مال المضاربة اذا كانت صحيحة سواء كان المال قليلاً او كثيراً اما اذا كانت المضاربة فاسدة فنفقة المضارب في مال نفسه لانهُ حينئذٍ اجير فلا نفقة له ولو سافر بماله ومال المضاربة او خلطها باذن رب المال او سافر بمالين لرجلين انفق بالحصة واذا انفق زيادة على المعروف ضمن الزيادة ولو انفق من ماله ليرجع في مال المضاربة له ذلك ولو هلك مال المضاربة قبل ان يرجع لم يرجع على المالك لفوات محل النفقة . ثم انه اذا انفق المضارب من راس المال فالمالك ياخذ ما انفقه المضارب من الربح اولاً فان ما استوفاه وفضل شي من الربح اقتسماه لان ما انفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف الى الربح (انظر المادة ١٤٢٧) وان لم يظهر ربح فلا شي علَى المضارب (در مختار ورد محتار ملخصاً)

﴿ المادة ١٤٢٠ ﴾ على المضارب في المضاربة المقيدة ان يتقيد بشرط رب المال وتقييده مهما كان

لان المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد ما لم يصر المال عرضاً لانه حينئذٍ لا يملك رب المال عزل المضارب فلا يملك تخصيصه (در مختار وخانية)

﴿ المادة ١٤٢١ ﴾ اذا تجاوز المضارب حد مأذونيته وخالف الشرط كان غاصباً

ولا يخرج عن كونه غاصباً ولو اجاز رب المال بعده حتى لو اشترى المضارب ما نهي عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم اجاز رب المال لم يجز (منح)

وفي هذه الحال يعود الربح والخسار في تجارته له وعليه واذا تلف مال المضاربة كان ضامناً

وفي التنوير وشرحه للعلائي ولا يملك المضارب تجاوز بلد وسلعة او وقت او شخص عينه المالك فان فعل ضمن وكان ذلك الشرا له ولو لم يتصرف فيه حتى عاد الى الوفاق

عادت المضاربة . وكذا اذا عاد الى الوفاق في البعض عادت المضاربة في ذلك البعض اعتباراً للجزء بالكل اه

﴿ المادة ١٤٢٢ ﴾ اذا خالف المضارب رب المال بعد ما نهاه بقوله لا تذهب بمال المضاربة الى المحل الفلاني او لا تبع بالنسيئة فذهب بمال المضاربة الى ذلك المحل فتلف المال او باع بالنسيئة فهلك الثمن كان المضارب ضامناً

راجع المادة ١٠٦٤ وفي رد المحتار عن المنح لو نهى رب المال المضارب بعد ان صار المال عرضاً عن البيع بالنسيئة قبل ان تباع ويصير المال ناضاً اي نقداً لا يصح نهيه واما اذا نهاه قبل العمل او بعد العمل وصار المال ناضاً يصح نهيه لانهُ يملك عزله في هذه الحالة دون الحالة الاولى

﴿ المادة ١٤٢٣ ﴾ اذا وقّت رب المال المضاربة بوقت معين تنفسخ المضاربة بمضي ذلك الوقت

واذا افترق رب المال والمضارب وفي المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون اذ حينئذٍ يعمل بالاجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه ولو كان الربح قليلاً وان لم يكن ربح اصلاً لا يجبر على اقتضا الديون لانه حينئذٍ متبرع اي لانه وكيل محض ولكن يؤمر بان يوكل المالك عليه لان المالك غير عاقد فلا ترجع الحقوق اليه وكذا الوكيل بالبيع يؤمر بالتوكيل اه عن الدر المختار والتكملة

﴿ المادة ١٤٢٤ ﴾ اذا عزل رب المال المضارب فيلزمه ان يعلمه بعزله وما يقع من تصرفات المضارب يبقى معتبراً حتى يقف على عزله ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه على العزل

من رجلين مستورين او فاسقين او من واحد عدل او رسول مميز ولو انثى غير بالغ ولا عدل (رد محتار)

لكن اذا كان في يده اموال غير النقود فيجوز له ان يبيعها ويستبدلها بالنقد

لانه حينئذ لا يجوز عزله اذ له حق في الربح وله ان يبيع العروض ايضاً بالنسيئة ولو نهاه عن النسيئة لان حيث كان المالك لا يملك عزله في هذه الحالة فلا يملك تخصيص الاذن لانه عزل من وجه بخلاف احد الشريكين اذا فسخ الشركة وما لها امتعة فانه يصح (در مختار)

﴿ المادة ١٤٢٥ ﴾ المضارب انما يستحق الربح بعمله والعمل انما يتقوم بالعقد فحصة المضارب من الربح هي ما شرط له في عقد المضاربة بالغاً ما بلغ

يتفرع عن قوله ان الربح يستحق بالعمل انهما لو شرطا بعض الربح لاجنبي صح لو شرطا ايضاً عمله والا فلا (رد محتار)

﴿ المادة ١٤٢٦ ﴾ استحقاق رب المال للربح بما له فاذا فسدت المضاربة فالربح كله له والمضارب بمنزلة اجيره له اجر المثل

الا الوصي اذا اخذ مال اليتيم مضاربة فاسدة فانه لا شي له لانه من باب ايجار الوصي نفسه من اليتيم وهو لا يجوز (رد محتار)

لكن لا يتجاوز القدر المشروط حين العقد ولا يستحق اجر المثل ان لم يكن ربح

لانه في المضاربة الصحيحة لا يستحق شيئاً اذا لم يربح فينبغي ان يكون كذلك في المضاربة الفاسدة (درر)

﴿ المادة ١٤٢٧ ﴾ اذا تلف بعض مال المضاربة يحسب في اول الامر من الربح ولا يسري الى راس المال

لان الربح تبع وراس المال اصل فينصرف الهالك الى التبع (مجمع الانهر) والقول

للمضارب في مقدار الربح والخسران مع يمينه ولا يلزمه ان يذكر الامر مفصلاً والقول قوله في الضياع والرد لرب المال (تكملة)

واذا تجاوز مقدار الربح وسرى الى راس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة

لكونه اميناً ولا يضمن ايضاً ولوكان الاتلاف بعمله المسلط عليه عند التجار اما التعدي فيضمن به (رد محتار) ثم انه اذا قسم الربح و بقيت المضاربة ثم هلك المال او بعضه ترادًا الربح لياخذ المالك راس المال وما فضل بينهما وان نقص لم يضمن المضارب لما مرَّ من انه امين اما ان قسم الربح وفسخت المضاربة والمال في يد المضارب ثم عقداها فهلك المال لم يترادًا و بقيت المضاربة لانها عقد جديد وهي الحيلة النافعة للمضارب اذا خاف ان يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي من راس المال (در مختار ورد محتار)

﴿ المادة ١٤٢٨ ﴾ الضرر والخسار يعود في كل حال على رب المال واذا شرط ان يكون مشتركاً بينهُ وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط

﴿ المادة ١٤٢٩ ﴾ اذا مات رب المال او جُنَّ جنوناً مطبقاً تنفسخ المضاربة

سواء علم المضارب بموت رب المال او لم يعلم حتى لا يملك الشرا بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر و يملك بيع ما كان عرضاً لانه عزل حكمي (خانية ودر منتقى) ولكن في رد المحتار انه لا ينعزل حتى يعلم بموت رب المال بخلاف ما سيأتي في المادة ١٥٢٧ والفرق ان الوكيل لا حق له بالموكل به اما المضارب فله حق في المضاربة وشركة في الربح والظاهر انهما قولان . و ينعزل المضارب ايضاً اذا حجر على احدهما بسبب سفه واذا مات المضارب والمال عروض باعها وصيه بالاشتراك مع رب المال هو الصحيح وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً ولو مات رب المال والمال نقد تبطل في حق التصرف ولا تبطل حق كونه وديعة، ولو عرضاً تبطل في حق المسافرة

لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد، اما اذا سافر ومات رب المال وهو لا يعلم فاتى بالامتعة مصراً آخر فنفقة المضارب في مال نفسه وهو ضامن لما هلك في الطريق (بزازية)

﴿ المادة ١٤٣٠ ﴾ اذا مات المضارب مجهلاً فالضمان في تركته

راجع المادتين ٨٠١ و١٣٥٥

فروع : مات المضارب وعليه ديون وكان مال المضاربة معروفاً فرب المال احق براس ماله وحصته من الربح (حامدية) وفيها ادعى احد الشريكين خيانة في قدر معلوم وانكر الاخر حلف عليه فان حلف برئ وان نكل ثبت ما ادعاه شريكه وان لم يعين مقداراً فكذا الحكم لكن اذا نكل عن اليمين لزمه ان يعين مقدار ما خان فيه والقول قوله في مقداره مع يمينه لان نكوله كاقراره بشيء مجهول والبيان في مقداره الى المقر مع يمينه الا ان يقيم خصمه بينة على اكثر اهـ. معه الفان فقال للمالك دفعت الي الفاً وربحت الفاً وقال المالك دفعت الفين فالقول للمضارب لان القول في مقدار المقبوض للقابض اميناً كان او ضميناً كما لو انكره اصلاً ولو كان الاختلاف في راس المال والربح كما لو قال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي النصف فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط لانه يستفاد من جهته والقول في راس المال للمضارب وايهما اقام البينة تقبل وان اقاماها فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في راس المال و بينة المضارب في دعواه الزيادة في الربح وان ادعى المضارب الاطلاق وادعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالاصل لان الاصل في المضاربة العموم اذ المقصود منها الاسترباح والاطلاق يناسبه وهذا اذا تنازعا بعد تصرف المضارب فلو قبله فالقول للمالك ولو ادعى كل منهما نوعاً فالقول للمالك لانهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الاذن والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه لا على نفي الضمان (در مختار ورد محتار ملخصاً)

الباب الثامن

في المزارعة والمساقاة وينقسم الى فصلين

الفصل الاول

في المزارعة

﴿ المادة ١٤٣١ ﴾ المزارعة نوع شركة على ان الاراضي من جانب والعمل من جانب آخر. يعني ان الارض تزرع والحاصلات تقسم بينهما

واركان المزارعة اربعة ارض وبذر وعمل وبقر (در مختار) وحكمها في الحال ملك المنفعة وفي المآل الشركة في الخارج وصفتها انها لازمة من قبل من لا بذر له فلا يفسخ بغير عذر وغير لازمة ممن عليهِ البذر قبل القاء بذره في الارض فله الفسخ بلا عذر حذراً من اتلاف ماله بخلاف المساقاة فانها لازمة من الجانبين لعدم لزوم الاتلاف فيها (رد محتار عن البزازية)

وتصح المزارعة لو كان الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لآخر او الارض لهُ والباقي للاخر او العمل له والباقي للآخر فهذه الثلاثة جائزة اما الاولى فلأن رب البذر والارض يكون مستأجراً للفاعل وبقره تبعاً لهُ لاتحاد المنفعة لان البقر آلة له كمن استاجر خياطاً ليخيط له بابرتهِ واما الثانية فلأن رب البذر يكون مستاجراً الارض باجر معلوم من الخارج كاستئجارها بدراهم معلومة واما الثالثة فلأن صاحب الارض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استاجر خياطاً ليخيط لهُ بابرته (مجمع الانهر) وقد نظم صاحب رد المحتار هذه الثلاثة بقوله

ارض و بذر كذا ارض كذا عمل   من واحد ذي ثلاث كلها قبلت

وتبطل المزارعة في اربعة اوجه : الاول اذا كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل للآخر لان رب البذر يصير مستاجراً بالبذر وهو لا يجوز لكون الانتفاع بالاستهلاك او يصير مستاجراً للبقر مع الارض ببعض الخارج وهو لا يجوز لعدم التعامل . الثاني لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للاخر لان الشرع لم يرد به . الثالث اذا كان البذر لاحدهما والباقي للاخر لان العامل اجير فلا يمكن

ان تجعل الارض تبعاً له لاختلاف منفعتهما . الرابع اذا كان البقر من واحد والباقي من الاخر لان في ذلك استئجار البقر باجر مجهول اذ لا تعامل في استئجار البقر ببعض الخارج فلا يعلم ما هو اجره بحسب التعامل (مجمع الانهر) وقد نظم صاحب رد المحتار هذه الاربعة بقوله

والبذر مع بقر او لا كذا بقر لا غير او مع ارض اربع بطلت

وفي الحامدية جدول يحتوي على الاوجه التي تصح فيها المزارعة والتي تفسد آثرنا تصويره تعميماً للفائدة وهو هذا

لواحد ارض و بذر	لآخر بقر وعمل	لواحد عمل فقط	لآخر ارض و بقر و بذر	لواحد ارض فقط	لآخر عمل و بقر و بذر
جائز		جائز		جائز	

لواحد ارض و بقر	لاخر عمل و بذر	اواحد ارض و عمل	لاخر بقر و بذر	لواحد بقر فقط	لاخر ارض بذر و عمل	اواحد بذر فقط	لاخر ارض و عمل و بقر
فاسد		فاسد		فاسد		فاسد	

﴿ المادة ١٤٣٢ ﴾ ركن المزارعة الايجاب والقبول فاذا قال صاحب الارض للفلاح اعطيتك هذه الارض مزارعة على ان حصتك من الحاصلات كذا وقال الفلاح قبلت او رضيت او قال قولاً يدل على الرضى اوقال الفلاح لصاحب الارض اعطني ارضك على وجه المزارعة لا عمل فيها ورضي الاخر تنعقد المزارعة

المبحث الثاني

في شروط المزارعة

﴿ المادة ١٤٣٣ ﴾ يشترط في المزارعة ان يكون العاقدان عاقلين اما بلوغهما فليس بشرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعة

﴿ المادة ١٤٣٤ ﴾ يشترط تعيين ما يزرع يعني ما يبذر او تعميمه على ان يزرع الفلاح ما شاء

والمراد انه يشترط ذكر جنس البذر لاقدره لعلمه باعلام الارض (در مختار) وانما يشترط بيان جنسه لان الاجر بعض الخارج واعلام جنس الاجر شرط ولان بعض البذر اضر بالارض فاذا لم يبين فان كان البذر من رب الارض جاز لانها لا تتأكد عليه قبل القائه وعند الالقاء يصير الاجر معلوماً وان كان البذر من العامل لا يجوز الا اذا عمم بان قال تزرع ما بدا لك والا فسدت فان زرعها تنقلب جائزة (خانية) وفي رد المحتار قال ان زرعتها حنطة فبكذا وان زرعتها شعيراً فبكذا جاز ولو قال على ان تزرع بعضها حنطة و بعضها شعيراً لا، اه٠ ويشترط ايضاً لصحة المزارعة تعيين المدة لتصير المنافع معلومة كسنة او اكثر فان ذكرا مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فهي فاسدة وكذا اذا ذكرا مدة لا يعيش احدها الى مثلها غالباً وجوزه بعضهم وعن محمد بن سلمة انها تجوز بلا ذكر مدة وتقع على سنة واحدة و به اخذ الفقيه ابو الليث (مجمع الانهر) وفي البزازية و به يفتى ولكن في الخانية ما يخالفه حيث قال والفتوى على انه يشترط تعيين المدة اه٠ ولعل عدم ذكر المدة مع شروط المزارعة بني على اختيار المجلة قول بن سلمة فتدبر

﴿ المادة ١٤٣٥ ﴾ يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزءًا شائعاً من الحاصلات كالنصف والثلث وان لم تتعين حصة او تعينت على اعطاء شيء من غير الحاصلات او على مقدار كذا مداً من الحاصلات فالمزارعة غير صحيحة

بل فاسدة لانقطاع الشركة في الربح وتفسد ايضاً لو شرط لاحدهما ما يخرج من موضع معين من الارض كما تفسد اذا شرط رفع رب البذر بذره او رفع الخراج الموظف وتنصيف الباقي لان ذلك كله يؤدي الى قطع الشركة في الخارج اذ يحتمل ان لا تخرج الارض الا ذلك المشروط بخلاف شرط رفع خراج المقاسمة كثلث او ربع او شرط رفع العشر للارض بان كانت عشرية او لاحدهما بان شرطا رفع العشر لاحدهما والباقي بينهما فانه يجوز لانه مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة وهذه حيلة لرب الارض اذا اراد ان يرفع بذره ولو لم يشترط رفع عشر الارض فان كان البذر من رب الارض فالعشر عليه وان كان من العامل فعليهما ولو شرط التبن لاحدهما والحب للاخر فسدت لقطع الشركة فيما هو المقصود وكذا لو شرط التبن لغير رب البذر وتنصيف الحب لانه خلاف مقتضى العقد او شرط تنصيف التبن والحب لاحدهما لقطع الشركة في المقصود ولكن ان شرط تنصيف الحب والتبن لصاحب البذر صحت المزارعة لانه شرط من مقتضى العقد اذ لو سكتا عن التبن كان لرب البذر كما هو ظاهر الرواية فمع الشرط اولى (در مختار وردمختار ملخصاً)

﴿ المادة ١٤٣٦ ﴾ يشترط ان تكون الاراضي صالحة للزراعة وان تسلم الى الفلاح

وانما يشترط صلاحية الارض للزرع لان المقصود وهو الريع لا يحصل بدون ذلك فلو كانت الارض سبخة او نزة لا تجوز المزارعة ولكن لو لم تصلح وقت العقد لعارض على شرف الزوال كانقطاع الماء وزمن الشتاء ونحوه تجوز (طحطاوي) وتسليم الارض الى الفلاح يكون بالتخلية بدون مانع فكل ما يمنع التخلية كاشتراط عمل صاحب الارض مع العامل يمنع الجواز ومن شروط التخلية ان تكون الارض فارغة عند العقد فان كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد ويكون معاملة لا مزارعة وان كان الزرع قد ادرك لا يجوز العقد لان الزرع بعد الادراك لا يحتاج الى العمل فيتعذر تجويزها معاملة ايضاً اه (خانية)

﴿ المادة ١٤٣٧ ﴾ اذا فقد شرط من الشروط المذكورة آنفاً كانت المزارعة فاسدة

❋ المادة ١٤٣٨ ❋ تقسم الحاصلات في المزارعة الصحيحة على الوجه الذي شرطه العاقدان

وذلك لصحة الالتزام وان لم يخرج من الارض شيء فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج بخلاف ما اذا كانت المزارعة فاسدة فان للعامل حينئذٍ اجر المثل سواء خرج من الارض شيء او لا لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج (رد محتار)

❋ المادة ١٤٣٩ ❋ كل الحاصلات في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر وللآخر اجرة ارضه ان كان صاحب ارض وان كان فلاحاً فله اجر مثله

لا يتجاوز المشروط عند الشيخين لوجود الرضا كما في الاجارة الفاسدة خلافاً لمحمد فان عنده يجب الاجر بالغاً ما بلغ لان التسمية عند الفساد تكون لغواً (مجمع الانهر) وفيه وان فسدت المزارعة لكون الارض والبقر لاحدهما فقط لزم اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة الارض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم اجر مثلهما هو الصحيح اه

المبحث الثالث

في اسباب انفساخ المزارعة

❋ المادة ١٤٤٠ ❋ اذا مات صاحب الارض والزرع اخضر فالفلاح يداوم على العمل الى ان يدرك الزرع فلا يسوغ لورثة المتوفى منعه. واذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه ان شاء دوام على العمل الى ان يدرك الزرع وليس لصاحب الارض منعه

ولكن لا اجر للوارث بمقابلة عمله لانهُ قام مقام العامل وهو لا يستحق الاجر في المدة كأن الوارث ورثهُ مع ما لزم عليهِ من العمل (مجمع الانهر) وفي الملتقى وتبطل المزارعة بموت احد العاقدين وتفسخ بالاعذار كالاجارة وبلزوم دين محوج الى بيع

الارض بان لم يقدر على قضائه الا ببيعها اذا كان ذلك قبل نبات الزرع لا بعده ما لم يحصد اه٠ اي لو نبت الزرع ولم يحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال

فروع : قدمنا في شرح المادة ١٤٣١ ان المزارعة غير لازمة ممن عليهِ البذر فلو ابى رب البذر والارض له وقد كرب العامل الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد قوم العمل بجزء من الخارج ولا خارج بعد (درر) وفيهِ مضت المدة قبل ادراك الزرع فعلى المزارع اجر مثل نصيبهِ من الارض حتى يدرك الزرع لانهُ استوفى منفعة بعض الارض لتربية حصتهِ فيها الى وقت الادراك ونفقة الزرع كاجر السقي والمحافظة والحصاد والدوس والتذرية على العاقدين بقدر الحصص حتى يدرك الزرع اه ، لانها كانت على العامل قبل مضي المدة لبقاء العقد لانهُ مستاجر في المدة فاذا مضت المدة انتهى العقد فتجب عليهما مؤنتهُ على قدر ملكهما لانهُ مشترك بينهما (رد محتار) ٠ الغلة في المزارعة ولو فاسدة امانة في يد المزارع فلا ضمان عليهِ لو هلكت الغلة في يده بلا صنعهِ ومثله في الحكم المساقاة فان حصة الدهقان في يد العامل امانة واذا قصر المزارع في سقي الارض حتى هلك الزرع لم يضمن في المزارعة الفاسدة ويضمن في الصحيحة لوجوب العمل عليهِ فيها فيضمن قيمة الزرع نابتاً وقت ما ترك السقي وان لم يكن للزرع قيمة قومت الارض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما ٠ ترك المزارع حفظ الزرع حتى اكلهُ الدواب ضمن وان لم يرد الجراد حتى أكله ان امكن طرده ضمن والا لا٠ زرع مشترك بين رجلين ابى احدهما ان يسقيه يجبر فلو فسد قبل رفع الامر للحاكم لا ضمان عليه وان رفع الى القاضي وامره بذلك ثم امتنع ضمن لانه بامر القاضي تحقق الوجوب عليه كالاشهاد على الحائط المائل فاذا امتنع بعده وفسد الزرع صار متعدياً فيضمن حصة شريكه لان الزرع مشاع بينهما لا يمكن شريكه ان يسقي حصته منه ولا يلزمه سقي الجميع وحده ولا يمكنه قسمته جبراً ولا بالتراضي ما لم يتفقا على القلع ٠ شرط البذر على المزارع ثم زرعها رب الارض ان على وجه الاعانة فمزارعة والا فنقض لها ٠ انفق احدهما بدون اذن الاخر ولا امر القاضي فهو متبرع اذا كان الآخر حياً وان ميتاً فلا٠ للوصي ان ياخذ ارض اليتيم مزارعة لنفسه ان كان البذر منه اما اذا كان البذر

من جهة اليتيم فلا يجوز وعليه الفتوى لانه في الاول يصير مستأجراً ارض اليتيم ببعض الخارج وفي الثاني يصير مؤجراً نفسه من اليتيم والاول جائز لا الثاني . زرع ارض غيره فلما حصد الزرع قال صاحبها كنت اجيري زرعتها ببذري وقال المزارع كنت اكاراً وزرعت ببذري فالقول للمزارع لانهما اتفقا على ان البذر كان في يده اهـ ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

الفصل الثاني

في المساقاة

﴿المادة ١٤٤١﴾ المساقاة نوع شركة على ان يكون الشجر من جانب وتربيته من جانب آخر وان يقسم ما يحصل من الثمر بين العاقدين

وهي تصح في الكروم والشجر وجميع البقول واصول الباذنجان والنخل ولو في الاشجار ثمرة غير مدركة اي تزيد بالعمل وان مدركة لا تصح (تنوير) وتصح ايضاً في نحو الحور والصفصاف مما لا ثمرة له (رد محتار) وتصح المساقاة استحساناً بلا ذكر مدة وتقع على اول ثمر يخرج اذ لادراك الثمر وقت معين فلا يتفاوت وتفسد ان لم يخرج في هذه السنة لعدم تناول العقد غير هذه السنة فكانهما نصا على ذلك اما لو دفع غراساً لم تبلغ زمناً تصلح فيه الاثمار على ان يصلحها وما خرج بينهما نصفان لم تصح المساقاة بدون ذكر المدة وكذا لو دفع اصول رطبة في ارض مساقاة ولم يسم مدة فانها تفسد ايضاً لان اصول الرطبة كالغراس بخلاف رطبة لنباتها غاية كستة اشهر مثلاً حيث تجوز وتقع على اول جزة اي قطع (درر) وفيه ذكرا مدة لا يخرج الثمر فيها فسدت لان المقصود بالمساقاة الشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع المقصود فيكون مفسداً للعقد وذكر مدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج لا يفسدها لعدم العلم بفوات المقصود بل هو متوهم فلو خرج الثمر في وقت سمي فعلى الشرط لصحة العقد وان لم يخرج فيه بل تاخر عنه فسد العقد اذ تبين انهما سميا مدة لا يخرج الثمار فيها وحينئذ فللعامل اجر المثل اهـ

﴿المادة ١٤٤٢﴾ ركن المساقاة الايجاب والقبول فاذا قال صاحب الاشجار للعامل اعطيتك اشجاري هذه بوجه المساقاة على ان تاخذ حصتك

من ثمرتها كذا وقبل العامل يعني الذي عليه تربية الاشجار انعقدت المساقاة لازمة فاذا امتنع احدهما اجبر اذ لا ضرر عليه بخلاف المزارعة فان رب البذر اذا امتنع قبل الالقاء لا يجبر عليه للضرر كما مر . وهذه احدى اربع مسائل تختلف فيها المساقاة عن المزارعة والثانية اذا انقضت مدة المساقاة تترك بلا اجر للعامل الى انتهاء الثمر وبلا اجر عليه لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة فانها تترك بالاجر لان الارض يجوز استئجارها . الثالثة اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله اذا كان في الشجر ثمر والا فلا اجر له وفي المزارعة يرجع بقيمة الزرع . الرابعة بيان المدة ليس بشرط في المساقاة بخلاف المزارعة (تنوير)

المبحث الثاني

في شروط المساقاة واحكامها

﴿ المادة ١٤٤٣ ﴾ يشترط ان يكون العاقدان عاقلين ولكنه لا يشترط بلوغهما

﴿ المادة ١٤٤٤ ﴾ يشترط ايضاً كما في المزارعة ان تكون حصة العاقدين في عقد المساقاة جزءاً شائعاً كالنصف والثلث

استطراد : دفع ارضاً بيضاء مدة معلومة ليغرس وتكون الشجر والثمار بينهما جاز (خانية) اما لو شرط ان تكون الارض والشجر بينهما فلا تجوز سواء عينا مدة اولا لاشتراط الشركة فيما هو موجود قبل الشركة والشجر حينئذ لرب الارض وللاخر قيمة غرسه يوم الغرس واجر مثل عمله (در مختار) والحيلة في ذلك ان يبيع صاحب الارض نصف ارضه من العامل بثمن معلوم ثم ياذنه بانفاقه في غرس نصيبه من الارض ولكن لو اختلفا بعد الغرس فقال العامل انفقت الثمن كله وكذبه صاحب الارض هل يصدق العامل بيمينه ام لا بد له من بينة؟ فيه تفصيل ذكره في صرة الفتاوى وهو ان كان البائع الذي هو صاحب الارض قد قبض الثمن بعد البيع ثم دفعه الى العامل واذنه بانفاقه صدق العامل بيمينه لانه امين يريد دفع الضمان عن نفسه وان كان البائع لم يقبض الثمن بل بقي ديناً بذمة العامل فلا يصدق العامل الا ببينة لانه حينئذ لا يعد اميناً بل

مدعياً ديناً لكونه انفق من مال نفسه ثم يريد الرجوع على الآمر ليلتقيا قصاصاً . راجع شرح المادة ١٣٠٩ وسنستوفي الكلام على ذلك في شرح المادة ١٧٧٤

﴿المادة ١٤٤٥﴾ يشترط تسليم الاشجار الى العامل

﴿المادة ١٤٤٦﴾ يقسم الثمر في المساقاة الصحيحة بين العاقدين على ما شرطا

لصحة العقد وتحقق المرام ثم ان هذا فيما اذا اخرجت الاشجار في المدة المضروبة ثمراً يرغب في مثله في المساقاة فان اخرجت شيئاً لا يرغب في مثله فسدت المساقاة وان تتابع خروج الثمار بعد انتهاء المدة ولو خرج بعض الثمار في المدة وكان مما يرغب فيه ثم برز بعد المدة البعض الباقي فللمساقي ان ياخذ نصيبه مما برز في المدة فقط وليس له ان ياخذ شيئاً مما برز بعدها (حامدية)

فرع : قام العامل على الكرم اياماً ثم ترك فلما ادرك الثمر جاء يطلب الحصة ان ترك في وقت صار للثمرة قيمة له الطلب وان قبله فلا (بزازية)

﴿المادة ١٤٤٧﴾ الثمار الحاصلة في المساقاة الفاسدة هي بتمامها لصاحب الاشجار وللعامل اجر مثله

المبحث الثالث

في اسباب انفساخ المساقاة

﴿المادة ١٤٤٨﴾ اذا مات صاحب الاشجار والاثمار فجة يقوم العامل على العمل الى ان ينضج الثمر وليس لورثة المتوفى منعه واذا مات العامل فوارثه يقوم مقامه فان شاء داوم على العمل وليس لصاحب الاشجار منعه

مفاده ان ورثة العامل لا تجبر على العمل وقد صرح بذلك في الدر المختار وغيره فان ابوا يخير المالك بين ان يقسم البسر على الشرط و بين ان يعطيهم قيمة نصيبهم من البسر و بين ان ينفق على البسر باذن القاضي حتى يبلغ فيرجع في حصتهم من الثمر

بجميع النفقة لان كل العمل على مورثهم (رد محتار) ولو مات العامل والمالك والثمر نيء فالخيار لورثة العامل ان شاء قاموا على الاشجار وان شاءوا فسخوا لانهم قائمون مقام مورثهم وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت صاحب الارض فكذا يكون لورثته بعد موته (درر) وان ابى ورثة العامل ان يقوموا على الاشجار كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض كما كان لمورثهم على ما تقدم (رد محتار)

فروع: تفسخ المساقاة والمزارعة بالاعذار التي تفسخ بها الاجارة كمرض العامل او كونه عاجزاً عن العمل او كونه سارقاً يخاف منه المالك على ثمره (ملتقى) ولكن هل يحتاج الى قضاء القاضي؟ فيه روايتان قيل يفسخ بلا قضا ولا رضا وقيل لا يفسخ بدون احدها. وهل سفر العامل عذر ام لا؟ فيه روايتان ايضاً قال في البزازية والصحيح انه يوفق بينهما ايضاً فهو عذر اذا شرط عليه عمل نفسه وغير عذر اذا اطلق وكذا التفصيل في مرض العامل (رد محتار ملخصاً). ما يحتاج اليه الشجر من النفقة ان قبل الادراك كسقي وتلقيح وحفظ فعلى العامل وما بعده كجذاذ فعليهما ولو شرط على العامل فسدت اتفاقاً (ملتقى) وفي رد المحتار عن التتارخانية ان اشتراط ما لا تبقى منفعته بعد المدة على المساقي كالتلقيح والسقي جائز وما تبقى منفعته بعدها كالقاء السرقين وغرس الاشجار ونحو ذلك مفسد اه . دفع الشجر لشريكه مساقاة وشرط له اكثر من قدر نصيبه لم يجز والخارج بينهما على قدر نصيبهما ولا اجر للعامل لعمله في المشترك لوقوع العمل لنفسه ولو اشترطا ان يكون الخارج بينهما على قدر نصيبهما جاز (رد محتار). لو ساقى احد الشريكين على نصيبه اجنبياً لا يجوز ولو باذن الشريك الاخر كما حققه في رد المحتار بحثاً . ليس للمساقي ان يساقي غيره بلا اذن المالك فلو ساقى بلا اذنه فالخارج للمالك وللعامل اجر مثله على العامل الاول بالغاً ما بلغ ولا اجر للاول لانه لا يملك الدفع اذ هو ايجاب الشركة في مال الغير وعمل الثاني غير مضاف اليه لان العقد الاول لم يتناوله ولو هلك الثمر في يد العامل الثاني بلا عمله وهو على رؤوس النخيل لا يضمن وان من عمل الاجير في امر يخالف فيه امر الاول يضمن لصاحب النخيل العامل الثاني لا الاول وان هلك من عمله في امر لم يخالف امر الاول فلرب النخيل ان يضمن اياً شاء وللثاني ان ضمنه الرجوع على الاول اه ملخصاً عن الحامدية

الكتاب الحادي عشر

في الوكالة ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب

المقدمة

في بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالوكالة

✱ المادة ١٤٤٩ ✱ الوكالة تفويض واحد امره لآخر واقامته مقامه في ذلك الامر ويقال لذلك الواحد موكل ولمن اقامه عنه وكيل ولذلك الامر موكل به

والوكالة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع. والتوكيل نوعان عام وخاص، فالخاص ان يوكل الرجل واحداً في خصوص معين كالبيع او الشراء او الاجارة مثلاً ، والعام ان يطلق له التصرف في كل شيء. وقال في رد المحتار لو قال لغيره انت وكيلي في كل شيء او قال انت وكيلي بكل قليل وكثير يكون وكيلاً بالحفظ فقط هو الصحيح ولو قال انت وكيلي في كل شيء جائز امرك يصير وكيلاً عاماً فيملك البيع والشراء وكل شيء الا الطلاق والوقف والهبة والصدقة وسائر التبرعات على المفتى به وينبغي ان لا يملك الابراء والحط عن المديون لانهما من قبيل التبرع وكذا لا يملك ايضاً الهبة بشرط العوض لانها تبرع ابتداء، فلا يملك ذلك الا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز للوصي اقراض مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وان كانت معاوضة انتهاء وظاهر العموم ان الوكيل يملك قبض الدين واقتضاءه وايفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والاقارير على الموكل بالديون ولا يختص ذلك بمجلس القاضي لان ذلك في الوكيل بالخصومة لا في الوكيل العام اه ملخصاً

✱ المادة ١٤٥٠ ✱ الرسالة هي تبليغ الواحد كلام الآخر بدون تدخل في التصرف ويقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل اليه

والفرق بين الوكيل والرسول ان الوكيل لا يضيف العقد الى الموكل والرسول

لا يستغني عن اضافته الى المرسل وصورة التوكيل ان يقول المشتري مثلاً لغيره كن وكيلاً عني في قبض المبيع او وكلتك بقبضه وصورة الرسالة ان يقول كن رسولاً عني في قبضه او قل لفلان ان يدفع المبيع اليك والحاصل انه يصير وكيلاً بالفاظ الوكالة ورسولاً بالفاظ الرسالة واما لفظ الامر فلا يكون توكيلاً ما لم يفد كون فعل المامور بطريق النيابة عن الآمر فقوله افعل كذا او اذنت لك ان تفعل كذا توكيل وكذا لو دفع له الفاً وقال اشترِ لي بها او بع او لم يقل لي كان توكيلاً وكذا قوله اشترِ بهذا الالف جارية واشار الى مال نفسه ولو قال اشترِ هذه الجارية بالف درهم كان مشورة والشرا للمامور الا اذا زاد عَلَيَّ ان اعطيك لاجل شرائك درهماً لان اشتراط الاجر له يدل على الانابة (حامدية ملخصاً)

الباب الاول

في ركن الوكالة وتقسيمها

﴿المادة ١٤٥١﴾ ركن التوكيل الايجاب والقبول وهو ان يقول الموكل وكلتك بهذا الامر

او يقول افعل كذا او اذنت لك ان تفعل او سلطتك عَلَى كذا او احببت ان تبيع عبدي هذا او شئت او اردت فهذا كله توكيل بالبيع (تكملة) ولو قال انت وصي في حياتي كان ذلك توكيلاً بخلاف قوله انت وصي فقط (خانية)

فيقول الوكيل قبلت او يقول كلاماً اخر يشعر بالقبول اذ تنعقد الوكالة حينئذٍ وكذلك لو لم يقل شيئاً بل شرع في اجراء ذلك الامر فانه يصح تصرفه فيه لانه يكون قد قبل الوكالة دلالة ولكن لو ردها الوكيل بعد الايجاب لا يبقى للايجاب حكم بناء عليه لو قال الموكل وكلتك بهذا الامر فردّ الوكيل الوكالة بقوله لا اقبل ثم باشر اجراء الموكل به فلا يصح تصرفه

وكذا لو وكل انساناً بقبض دينه فابى الوكيل ان يقبض ثم ذهب وقبض لم يبرأ الغريم لان التوكيل ارتد بالرد (هندية)

ثم اعلم ان الوكالة من العقود الغير اللازمة كالعارية لانها عقد تبرع ولا لزوم في التبرعات الا بعد استيفائها والوكالة والعارية تنعقدان على امر مستقبل فلا يلزمان فيه قبل وجوده وبناء على ذلك لا يدخل خيار الشرط في الوكالة (در مختار) ولا يصح الحكم بها مقصوداً بل ضمن دعوى صحيحة على غريم فلو احضر الوكيل بالدين خصماً فاقر بالتوكيل وانكر الدين لا تثبت الوكالة حتى لو اراد الوكيل اقامة البينة علي الدين لا تقبل واذا ادعى ان فلاناً وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة ولم يحضر الوكيل احداً للموكل قبله حق فان القاضي لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصماً جاحداً لذلك او مقراً به فحينئذ يسمع ويقرر الوكالة فان احضر بعد ذلك غريماً يدعي عليه حقاً للموكل لم يحتج الى اعادة البينة ولو كان يدعي انه وكله بطلب كل حق له قبل انسان بعينه يشترط حضرة ذلك بعينه ولو اثبت ذلك بمحضر من ذلك المعين ثم جاء بخصم اخر يدعي عليه حقاً يقيم البينة على الوكالة مرة اخرى (درر)

﴿المادة ١٤٥٢﴾ الاذن والاجازة توكيل

فلو قال لرجل اذنتك ببيع داري او اجزت لك بيع فرسي كان توكيلاً وكذا لو اشترى دابة فقال لآخر اذنتك بقبضها كان ذلك توكيلاً بالقبض فللوكيل قبض الدابة حتى لو ولدت بعد التوكيل كان له ايضاً ان يقبض الولد مع الام اما لو ولدت قبل التوكيل لم يكن له ان يقبض الولد وكذا الحكم في ثمرة البستان (تكملة عن الكافي) ولو قال مالك المستغلات فوضت اليك امر مستغلاتي وكان آجرها من انسان ملك تقاضي الاجرة وقبضها وكذا لو قال اليك امر ديوني ملك التقاضي ولو قال فوضت اليك امر دوابي ملك الحفظ والرعي والتعليف (هندية)

﴿المادة ١٤٥٣﴾ الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة

فلو باع واحد مال الآخر بوجه الفضول ثم اخبر صاحبه فاجازه صار كما لو كان قد وكله قبلاً

فينفذ البيع حينئذٍ حتى لو ابرأ الفضولي بعد ذلك المشتري عن الثمن او حط عنه صح وضمن ذلك للمجيز (هندية) . ومثل الفضولي الغاصب فانه اذا باع ما غصبه ثم اجازه المالك جاز وحقوق العقد في الصورتين تعود الى الفضولي او الغاصب لمباشرتهما العقد انظر المادة ١٤٦١ . وفي الخانية رجل عليه دين لرجل فجاء رجل الى المديون وقال له ادفع اليَّ ما افلان عليك من الدين فانه يستجيز قبضي وانه ما وكلني بقبضه فدفع المديون اليه المال فضاع المال في يد القابض ثم جاء صاحب الدين واجاز قبضه لا تصح اجازته اه

﴿ المادة ١٤٥٤ ﴾ الرسالة ليست من قبيل الوكالة . مثلاً لو اراد الصيرفي ان يقرض احداً دراهم فارسل هذا خادمه ليأتي بها كان الخادم رسول ذلك المستقرض لا وكيله بالاستقراض . كذلك لو ارسل رجلاً الى السمسار ليشتري منه فرساً فقال الرجل للسمسار ان فلاناً يريد ان يشتري منك الفرس الفلاني فاجابه السمسار بعته اياه بكذا فاذهب واخبره ثم سلمه الفرس فعاد الرجل الى مرسله وسلمه الفرس على الوجه المشروح فقبله انعقد البيع بين المرسل والسمسار ولا يكون ذلك الرجل الا رسولاً ووسيطاً بينهما ولا يكون وكيلاً . وكذلك لو قال واحد للجزار اعطِ لاجلي خادمي فلاناً الذي يذهب ويأتي الى السوق كل يوم مقدار كذا من اللحم فاعطاه القصاب اللحم على الوجه المذكور كان ذلك الخادم رسول سيده ولا يكون وكيله

ولهذا لا يطالب بالثمن واذا هلكت السلعة في يده بدون تعدٍ ولا تقصير لا يضمن قال في فتاوى علي افندي عن قاضيخان قال ابعث اليَّ بعشرة دراهم قرضاً فقال نعم وبعث بها مع رسول الآمر فالآمر ضامن لها اذا اقرَّ بان رسوله قد قبضها اه ومفاد قوله اذا اقر انه لو انكر قبض رسوله فلا يلزمه شيء لان اقرار الرسول لا ينفذ عليه .

ثم قال عن الذخيرة الرسول امين يصدق اذا ادعى براءة نفسه عن الضمان لانه يكون منكراً للضمان اه

﴿المادة ١٤٥٥﴾ يكون الامر تارةً من قبيل الوكالة وتارةً من قبيل الرسالة

فاذا كان في الامر ما يدل على ان المامور يفعل امر الآمر بطريق النيابة كان الامر توكيلا وان دل على انه يفعله بطريق الرسالة كان الامر من قبيل الرسالة كما يظهر من المثال الآتي

مثلاً لو اشترى خادم من تاجر مالاً بامر سيده كان وكيله بالشراء اما لو اشترى المولى ذلك المال من التاجر وارسل خادمه ليأتيه به كان الخادم رسول سيده ولا يكون وكيله

اما لو قال له امرتك بقبضه كان توكيلاً (تكملة عن النهاية) وفيها عن البحر لو ادعى انه رسول وقال البائع انه وكيل وطالبه بالثمن فالقول للمشتري والبينة على البائع لان المشتري ينكر اضافة العقد الى نفسه والبائع يدعي عليه ذلك اه . قال في الخانية وشرط كون القول للمشتري اضافة عقد الشرا الى مرسله فلو اضافه الى نفسه لزمه الثمن اه

﴿المادة ١٤٥٦﴾ يكون ركن التوكيل تارةً مطلقاً يعني غير معلق بشرط او مضاف الى وقت او مقيد بقيد وتارةً يكون معلقاً بشرط . مثلاً لو قال وكلتك ببيع فرسي هذا اذا اتى فلان التاجر الى هنا وقبل الوكيل ذلك انعقدت الوكالة معلقة بمجيء التاجر فان اتى كان للوكيل ان يبيع الفرس والا فلا

هذا ظاهر في ان الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة . قال في الخانية ومن احكامها صحة تعليقها واضافتها فتقبل التقييد بالزمان والمكان اه

وتارةً يكون مضافاً الى وقت كما لو قال وكلتك ببيع دوابي في شهر نيسان وقبل الوكيل ذلك فانه يكون وكيلاً بحلول الشهر المذكور وله

ان يبيع الدواب في ذلك الحين او بعده واما قبل حلوله فلا يملك البيع

راجع المادة ٨٢ . وهل له ان يبيع بعد انتهائه ؟ صحح في الخانية عدم الجواز

وتارة يكون مقيداً بقيد كما لو قال وكلتك ببيع ساعتي هذه بالف غرش فان وكالة الوكيل مقيدة بعدم البيع باقل من الف غرش

وكذا لو وكله بتقاضي دينه بالشام ليس له ان يتقاضاه بالكوفة (خانية) وفي التنوير ولو وكله بقبض دينه وان لا يقبضه الا جميعاً فقبضه الا درهماً لم يجز قبضه على الامر لمخالفته له وللآمر الرجوع على الغريم بكله اه . وكذا ليس له ان يقبضه متفرقاً فلو قبض شيئاً دون شيء لا يبرأ الغريم من شيء (جامع الفصولين) ولو استوفى جميعه بعد ذلك فهلك هلك عليه لمخالفته ولا يرجع الآمر على الغريم (تكملة). وفي الفصولين الوكيل بقبض الوديعة لو قبض بعضها جاز فلو امره ان لا يقبضها الا جميعاً فقبض بعضها ضمن ولم يجز القبض فلو قبض ما بقي قبل ان يهلك الاول جاز القبض على الموكل اه

الباب الثاني

في بيان شروط الوكالة

﴿ المادة ١٤٥٧ ﴾ يشترط ان يكون الموكل مقتدراً على ايفاء الموكل به بناءً عليه لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز

اي انه يشترط ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بالنوع الذي وكل به لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل و يقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يسلط عليه غيره ثم ان عدم جواز توكيل المجنون ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل وهو ان المجنون الذي يجن و يفيق اذا وكل في حال جنونه لا يصح وان وكل في حال افاقته يجوز وهذا اذا كان لافاقته وقت معلوم حتى تعرف افاقته من جنونه بيقين فاما اذا لم يكن لافاقته وقت معلوم فلا يجوز . والمعتوه المغلوب اذا وكل رجلاً ليشتري له شيئاً او ليبيع له شيئاً لا يجوز (هندية) وفيها الاب اذا وكل رجلاً ببيع شيء لابنه الصغير او بشراء شيء له او بالخصومة فهو جائز ووصي الاب كالاب

ويجوز لوصي اليتيم ان يوكل بكلما يجوز ان يفعله بنفسه من امر اليتيم اه

والامور التي هي في حق الصبي المميز ضرر محض كالهبة والصدقة فلا يصح توكيله بها وان اذنه الولي٠ اما الامور التي هي نفع محض كقبول الهبة والصدقة فيصح توكيله بها وان لم يأذنه الولي٠ واما التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والشرا فان كان الصبي مأذوناً بالتجارة فله ان يوكل بها والا فتوكيله ينعقدموقوفاً على اجازة وليه

كما لو باشر العقد بنفسه (در مختار) وبيانه ان التصرفات التي هي ضرر محض كالهبة والصدقة لا يجوز للصبي المميز ان يباشرها بنفسه فلا يجوز له ان يوكل بها غيره بالاولى ولا تعتبر اجازة وليه لها فلا تعتبر ايضاً اجازته للتوكيل بها واما التصرفات التي هي نفع محض فيجوز له ان يباشرها بنفسه بدون اجازة وليه فيجوز له ان يوكل بها بدون اجازته واما التصرفات المترددة بين النفع والضرر فلما جاز للصبي ان يباشرها ولكنها موقوفة على اجازة وليه جاز له ايضاً التوكيل بها موقوفاً على اجازة الولي وهذا معنى قولنا آنفاً انه يشترط ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بالنوع الذي وكل به

﴿ المادة ١٤٥٨ ﴾ يشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً

ويشترط ايضاً علمه بالتوكيل فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على اجازة الموكل او الوكيل بعد علمه ويثبت العلم بالمشافهة او الكتاب او الرسول او اخبار رجلين فضوليين او واحد عدل او غير عدل اذا صدقه الوكيل (تكملة)

ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً وان لم يكن مأذوناً

لان الصبي من اهل التصرف لصحة عبارته ووجود عقله الا انه ممتنع عن ذلك لقصور في رايه خشية ان يضر بنفسه فجاز ان يباشر العقد لغيره براي ذلك الموكل فلو وكل رجل صبياً محجوراً ببيع ماله او بشراء شيء فباع او اشترى جاز اذا كان يعقل ذلك ولا خيار لمن عاقده بائعاً كان او مشترياً سواء علم بكونه محجوراً او لا (هندية)

ولكن حقوق العقد عائدة الى موكله وليست بعائدة اليه

سواء كان وكيلاً بالبيع او الشرا بثمن حال او مؤجل لانه اذا كان الوكيل محجوراً فهو كالرسول والقاضي وامينه فتتعلق الحقوق بموكله ولو قبض مع هذا صح قبضه لانه هو العاقد فكان اصيلاً فيه وانتفاء اللزوم لا يدل على انتفاء الجواز (تكملة)٠ اما لو كان الوكيل صبياً مأذوناً هل تتعلق حقوق العقد به؟ فيه تفصيل وهو ان كان الصبي مأذوناً في التجارة فصار وكيلاً بالبيع بثمن حال او مؤجل فباعه جاز بيعه ولزمته العهدة وان كان وكيلا بالشرا فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً وتكون العهدة على الآمر لان ذلك في معنى الكفالة وهو لا يملكها حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبي وان وكله بالشرا بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه (هندية) والمحجور بالسفه مثل الصبي المميز اي فيصح توكيله والعهدة على موكله (تكملة)

ويشترط ايضاً ان يكون الوكيل معلوماً ولكن لو جهل جهالة يسيرة جاز فلو قال مالك عبد لرجلين وكلت احدكما ببيع عبدي هذا فهو جائز فايهما باع كان جائزاً (خانية) ومثال الجهالة الفاحشة ما لو قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا او من اخذ اصبعك او قال كذا فادفع اليه لم يصح فلا يبرأ المديون بالدفع اليه (اشباه) وكذا لو قال المودع للمستودع من جاءك بعلامة كذا فادفع اليه الوديعة لا يصح هذا التوكيل ايضاً ويضمن المستودع بالدفع ولو لم يدفع الى الوكيل حتى هلكت الوديعة لم يضمن لجواز ان غير رسول المودع يأتي بتلك العلامة (تكملة)٠ وفي التنوير وشرحه للعلائي و بطل توكيل الكفيل بالمال لئلا يصير عاملاً لنفسه كما لا يصح لو وكل رجلاً بقبض الدين من نفسه لان الوكيل متى عمل لنفسه بطلت وكالته الا اذا وكل الدائن المديون بابراء نفسه فيصح و يصح عزله قبل ابرائه نفسه اه

※ المادة ١٤٥٩ ※ يصح ان يوكل واحدٌ غيرَه في الامور التي يجوز له ان يباشرها بنفسه

لنفسه او بولاية نفسه على غيره٠ قيدنا بقولنا لنفسه احترازاً عن الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه الا بتفويض او نص كما سياتي في المادة ١٤٦٦ وقيدنا بولايته على الغير ليشمل الاب والوصي اذا وكلا في مال الصغير فانه يجوز ولو كانا يتصرفان فيه لغيرهما (در مختار)٠ ثم انه يخرج عن هذه المادة ثلاث مسائل لا

يصح بها التوكيل ولو كان للموكل ان يباشر الموكل به بنفسه: الاولى التوكيل بالمباحات فلو وكل رجلاً بالاحتطاب من الجبال المباحة فالتوكيل باطل وما جمعه الوكيل من الحطب له خاصةً (هندية) الثانية التوكيل بالاستقراض فهو باطل ايضاً ويقع الاستقراض للوكيل لان البدل فيه لا يجب ديناً بذمة المستقرض بالعقد بل بالقبض والامر بالقبض لا يصح لان المقبوض ملك الغير بخلاف البيع فان حكمه يثبت بالعقد فيقوم غير البائع مقامه فيه (تكملة) الثالثة التوكيل بحلف اليمين فانه لا يصح كما سيأتي في المادة ١٧٤٥

و بايفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات

خرج بهِ ما كان غير متعلق بالمعاملات كاستيفاء القصاص والحدود قال في الهندية يجوز التوكيل باثبات القصاص اما التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو الولي حاضراً يجوز وان كان غائباً لا اه . وانما جاز التوكيل بما يتعلق بالمعاملات لان الموكل قد لا يهتدي الى طريق الاستيفاء والايفاء فيحتاج الى التوكيل بالضرورة والمراد بالايفاء دفع ما عليه بالاستيفاء قبض ما له (مجمع الانهر) فمن الاول ما لو وكل وكيلاً بتسليم المبيع للمشتري او الرهن للمرتهن وكذا ما لو وكل رجلاً بقضاء دينهِ من مال الوكيل فجاء الوكيل وزعم قضاءه وطالب الموكل بمثل مادفعه عنه فصدقه الموكل وقال له اخاف ان يحضر الدائن و ينكر قضاءك و ياخذه مني ثانياً فلا يلتفت الى قول الموكل و يؤمر بالدفع للوكيل فاذا حضر الدائن واخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه له وان كان صدقه بالقضاء اما لو دفع اليه دراهم وقال له اقض بها ديني الذي لزيد فادعى الوكيل الدفع الى زيد الدائن و كذبه كل من الموكل والدائن فالقول للوكيل بيمينه في براءة ذمته والقول للدائن بيمينه في انكاره القبض: ولو امر رجلاً بقضاء دينهِ من مال الوكيل فقال الوكيل قبضت وصدقه الآمر فيه ثم حلف الدائن على عدم وصوله اليهِ واخذه من الآمر لا يرجع المأمور على الآمر بما قضاه من مال نفسه لان المأمور وكيل بشرا ما في ذمة الآمر بمثله ونقد الثمن من مال نفسه فانما يرجع على الآمر اذا سلم له ما في ذمته كالمشتري انما يؤمر بتسليم الثمن الى الوكيل اذا سلم الوكيل ما اشتراه اما اذا لم يسلم فلا . اما الثاني اعني الوكيل بقبض الدين فمن مسائله انه يقبل قوله في قبضه وضياعه ودفعه الى الموكل

و يبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل شهادته للوكيل بخلاف اقراره بقبض الطالب ولو كان لمديون الموكل على الوكيل بالقبض مثل الدين الموكل بقبضه وقعت المقاصة وصار الوكيل مديونًا للموكل و برأ مديون الموكل٠ ومن مسائله ايضًا ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الابراء والهبة واخذ الرهن وقبول الحوالة وتأجيل الدين وله اخذ الكفيل بخلاف الوكيل بالبيع حيث يملك الكل ولا ينعزل الوكيل بالقبض بموت المطلوب بل بموت الطالب ولو اخذ الطالب كفيلاً من المطلوب بعد التوكيل ليس للوكيل ان يتقاضى الكفيل وله اي للوكيل بالقبض قبض بعض الدين الا اذا نص الموكل على ان لا يقبض الا الكل معًا٠ ومن مسائله ايضًا انه اي الوكيل بقبض الدين او بقبض الثمن لو كفل المديون او المشتري صحت الكفالة بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا تصح كفالته المشتري بالثمن لانه عاقد والحقوق عائدة اليه فيكون كافلاً لنفسه (تكملة ملخصًا)

تتمة : ادعى انه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه عملاً باقراره ولا يصدق اذا ادعى الايفاء ولا سبيل له ليبرهن عليه لان الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة (انظر المادة ١٥٢٠) فان حضر الغائب فصدقه في التوكيل فبها ونعمت وان انكر التوكيل وحلف امر الغريم بدفع الدين الى الغائب لفساد الاداء بانكاره مع اليمين ورجع الغريم على الوكيل بما دفعه له ان كان باقيًا في يده ولو حكمًا بان استهلكهُ فانهُ يضمن مثله وان ضاع في يد الوكيل فلا يرجع الغريم عليهِ لانه بتصديقه اعترف بان الوكيل محق بالقبض فيكون امينًا و يصدق في الهلاك بيمينه كما يصدق لو ادعى دفعه لموكله لانه امين يدعي ايصال الامانة الى مستحقها٠ الا انه في صورة الهلاك يضمن في ثلاثة مواضع : الاول اذا كان الوكيل قد ضمن عند الدفع لقدر ما ياخذه الدائن ثانيًا لاما اخذه الوكيل لانه امانة لا تجوز به الكفالة ٠ الثاني اذا قال الوكيل للغريم قبضت منك على اني ابرأتك من الدين ٠ الثالث اذا لم يصدقه المديون على الوكالة بل سكت او كذبه ودفع له ذلك على زعمه فانه يرجع عليه ايضًا لانه انما دفع على رجاء الاجازة من الدائن فلما انقطع رجاؤهُ حق له الرجوع٠ وفي هذه الوجوه كلها ليس للغريم اذا دفع الدين الى الوكيل ان يسترده منهُ حتى يحضر الغائب وان برهن انه ليس بوكيل او على اقراره بذلك او اراد استحلافه لم يقبل لسعيه في نقض ما اوجبهُ للغائب ٠نعم لو برهن الغريم ان الطالب جحد الوكالة واخذ مني المال تقبل ٠٠

ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الامانة لا يؤمر بالدفع اليه وكذا لو ادعى شراءها من المالك وصدقهُ الامين لا يؤمر بالدفع اليهِ ايضاً لانه اقرار بمال الغير بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين لانه اقرار بمال نفسهِ اذ الديون تقضى بامثالها لا بعينها فلو هلكت الامانة عنده بعد ما منع لا يضمن ولو سلمها لمدعي الوكالة فهلكت في يده وانكر المودع الوكالة فللمستودع تحليفه فان نكل برئ المستودع وان حلف ضمن ولا يرجع علي الوكيل الا اذا ضمنه عند الدفع كما مر ولو دفع له ولم يصدقه على الوكالة رجع عليه مطلقاً كانت العين موجودة او لا ولو كانت قائمة اخذها بكل الوجوه لانه ملكها بالضمان، كذا في البحر . ولو ادعى رجل ان الوديعة انتقلت اليهِ بالوصية او الارث وصدقهُ المستودع امر بالدفع اليه لاتفاقهما على ملك الوارث ولكن بشرط ان لا يكون على الميت دين مستغرق فان كان ودفع الوديعة الى الوارث بغير امر القاضي ضمن وان انكر المستودع موت الوارث او قال لا ادري لا يؤمر بالدفع ما لم يبرهن الوارث او الموصى له . ودعوى الايصاء كالوكالة فليس لمودع ميت او مديونه الدفع لمن يدعي الوصاية قبل ثبوت انهُ وصي ولو لا وصي فدفع لبعض الورثة برئ عن حصتهِ فقط . ولو وكل رجلاً بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق الموكل كاداء او ابراء دفع الغريم المال الى الوكيل لان جوابهُ تسليم اه ملخصاً عن الملتقى والدر المختار والتكملة

فيجوز مثلاً ان يوكل واحد غيره بالبيع والشراء والايجار والاستئجار والرهن والارتهان والايداع والاستيداع والهبة والاتهاب والصلح والابراء والاقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وايفاء الديون واستيفائها وقبض المال

ولكن ليس للوكيل في الهبة ان يرجع فيها ولا ان يقبض الوديعة من المودع ولا العارية من المستعير ولا الرهن من المرتهن (هندية) . ثم انهُ وان صح التوكيل بالاقرار الا انهُ لا يصير بهِ اي بالتوكيل مقراً قبل اقرار الوكيل (حامدية) . وجاز التوكيل بالتوكيل (در مختار) . قال في الاشباه لو وكلهُ ان يوكل فلاناً في شراء كذا ففعل واشترى الوكيل يرجع بالثمن على المأمور وهو على آمره ولا يرجع الوكيل على الآمر الاول اه

ولكن يلزم ان يكون الموكل به معلوماً

غير ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة فلو قال لرجل بع عبدي هذا او هذا فباع احدهما جاز ولو كان عليهِ دين لرجلين لكل منهما الف درهم فدفع المديون الى رجل الفاً وقال لهُ اقض دين فلان او فلان فقضى دين احدهما جاز (خانية)

الباب الثالث

في احكام الوكالة و يشتمل على ستة فصول

﴿ المادة ١٤٦٠ ﴾ يلزم ان يضيف الوكيل العقد الى موكله في الهبة والاعارة والايداع والرهن والاقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار

والصدقة والابراء وذلك لان الحكم في هذه الاشياء لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات والوكيل اجنبي عن الحكم فلا بد من اضافة العقد الى الموكل ليكون الحكم مقارناً للسبب فان الصلح عن انكار مثلاً اسقاط محض لايشوبهُ معاوضة بل فدآ يمين بحق المدعى عليه فلا بد من الاضافة الى الموكل لان الساقط يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم لغيره فوقع سفيراً ليقترن الحكم بالسبب بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بالخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافةً (درر ملخصاً)

وان لم يضفه الى موكله فلا يصح

تارةً وتارةً يقع العقد للوكيل مثال ذلك اذا وكل واحداً بابراء غريمه فابرأهُ الوكيل ولم يضف الابراء الى موكله لم يصح (اشباه) اما الوكيل بطلب الهبة والصدقة والاعارة والرهن لو قال هبني او تصدق عليَّ او اعرني او ارهن عندي وقع ذلك له لا للموكل اما الوكيل من الجانب الاخر كما اذا دفع الى رجل مالاً ووكله بان يهبه لفلان او يتصدق به عليه او يعيره منه فانه لو قال وهبتك او تصدقت عليك او

اعرتك الخ صح ولا حاجة لان يقول وهبتك هذه الالف التي لفلان الموكل (تكملة)
فظهر من هذا ان المقصود بالوكيل هنا الوكيل من قبل من يثبت له الملك لا من قبل
المالك والا لما صحت الهبة والاعارة من الوكيل الواهب والمعير لانه لم يضفها الى موكله . ثم
اعلم ان حقوق العقد في هذه العقود التي لا بد من اضافتها الى الموكل تتعلق بالموكل
فقط لكون الوكيل سفيراً محضاً فكان كالرسول (در مختار) فلا مطالبة عليه بتسليم الهبة
ولو استحق الموهوب بعد هلاكه في يد الموهوب له وضمانه للمستحق لا يرجع الموهوب
له على الوكيل بل على الموكل (رد محتار) . وكذا ليس لوكيل الواهب ان يرجع في الهبة
ولو اراد الواهب الرجوع وكان الموهوب في يد وكيل الموهوب له لم يكن له ان يرجع
على هذا الوكيل الذي لا يصلح خصماً (هندية) . وفيها ليس للوكيل بالرهن ان
يوكل غيره ولا ان يسلط المرتهن على بيعه وان كان الموكل قال له ما صنعت من شيءٍ
فهو جائز فان امر الوكيل غيره ان يرهنه جاز ولو رهنه الوكيل بنفسه وسلط المرتهن
على بيعه جاز ايضاً اه

﴿المادة ١٤٦١﴾ لا يشترط اضافة العقد الى الموكل في البيع
والشراء والاجارة والصلح عن اقرار فان لم يضفه الوكيل الى موكله واكتفى
باضافته الى نفسه صح ايضاً وعلى كلتا الصورتين لا تثبت الملكية الا لموكله
ولكن ان لم يضف العقد الى الموكل تعود حقوق العقد الى العاقد يعني الوكيل

اي اذا اضاف الوكيل العقد الى نفسه تعود حقوق العقد اليه سواء كان الموكل
حاضراً او غائباً (در مختار) الا انه يشترط ان لا يكون الوكيل محجوراً اذ لو كان
محجوراً تعود حقوق العقد الى موكله لا اليه كما مر في المادة ١٤٥٨ وبناء عليه
فالوكيل بالبيع يملك قبض الثمن والخصومة فيه وفي العيب والوكيل باجارة الدار
خصم في اثبات الاجارة وفي قبض الاجر لان ذلك من حقوق عقده واذا ابرأ
المستاجر عن الاجرة فان كانت الاجرة عيناً فالابراء لا يصح وان كانت ديناً فان
ابرأه بعد الوجوب بان مضت المدة او شرط التعجيل في الاجرة فعلى قول ابي حنيفة
ومحمد يجوز ويضمن مثل ذلك للموكل وان ابرأه قبل الوجوب ذكر في ظاهر الرواية
ان عندهما يجوز ايضاً (هندية) وفيها الوكيل بالقيام على الدار واجارتها وقبض غلتها

ليس له ان يبني او ان يرم منها شيئاً ولا يكون وكيلاً في خصومتها ولو هدم رجل منها بيتاً كان وكيلاً في مخاصمته لانه استهلك شيئاً في يده وليس له ان يوكل بالاجارة غيره وان وكل الوكيل رجلاً ليس في عياله بقبض الاجرة فهو جائز و يبرا المستأجر والوكيل الذي آجره يصير ضامناً للاجر حيث قبضه وكيله اه

ثم انه اذا مات الوكيل هل تنتقل حقوق العقد الى الموكل ؟ قال الفضلي تنتقل الحقوق الى وصي الوكيل لا الى الموكل وان لم يكن وصي يرفع الى الحاكم لينصب وصياً عند القبض وهو المعقول وقيل ينتقل الى الموكل فيحتاط عند الفتوى (تكملة)

تنبيه : اذا شرط الموكل عدم تعلق حقوق العقد بالوكيل فالشرط لغو (تنوير) فلو نهى الموكل وكيله عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن او وكله بالبيع بشرط ان لا يقبض الثمن فالنهي باطل ولو كتب الصك باسم الموكل لا يسقط حقه بقبض الثمن الا ان يقر الموكل بقبضه (طحطاوي)

وان اضيف الى الموكل تعود حقوق العقد الى الموكل و يكون الوكيل في هذه الصورة كالرسول . مثلاً لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى باضافة العقد الى نفسه ولم يضفه الى موكله كان تسليم المبيع الى المشتري واجباً عليه وله ان يطلب ويقبض الثمن من المشتري واذا ظهر للمبيع مستحق وضبطه بعد الحكم يرجع المشتري على الوكيل بالبيع يعني انه يطلب منه الثمن الذي اداه اليه

سواء كان الثمن باقياً في يد الوكيل او كان سلمه الى الموكل الا انه في الصورة الثانية اذا دفع الوكيل الثمن من ماله كان له ان يرجع على موكله بمثل ما دفع (رد محتار) وفيه اذا وجد المشتري في المبيع عيباً فيرده على الوكيل ويخاصمه به ولو باع الوكيل وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن اه . وفيه ايضاً لو انكر الوكيل بالبيع وجود العيب في المبيع واقر به الموكل فلا يثبت العيب باقراره لان الخصومة في العيب من حقوق العقد والموكل اجنبي فيها اه . وفي تكملته و يصح ابراء وكيل البيع قبل قبض الثمن واحتياله على الاملى والمماثل والدون واقالته وحطه وتأجيله و يضمن اما بعد

قبض الثمن فلا يملك الحط والابراء والاقالة وبعد ما قبل بالثمن حوالة لا يصح شيء من ذلك كما بعد الاستيفاء اه

والوكيل بالشراء اذا لم يضف العقد الى موكله على هذا الوجه فانه يقبض المال الذي اشتراه ويجبر على اداء ثمنه للبائع من ماله وان كان لم يقبضه من موكله واذا ظهر عيب قديم في المبيع فللوكيل ان يرده على البائع

لكن بشرط ان يكون المبيع باقياً في يده فاذا سلمه الى الموكل فلا يرده الا باذنه انظر المادة ١٤٨٩ . واعلم ان الوكيل بالشراء اذا رضي بالعيب فانه يلزمه ثم الموكل ان شاء قبله وان شاء الزم الوكيل وقبل ان يلزم الوكيل لو هلك يهلك على الموكل (تكملة). والوكيل بالشرا يخاصم ايضاً في شفعة ما اشتراه ما دام في يده (ملتقى) واذا استحق المبيع من يد الوكيل بالشرا فحق الرجوع بالثمن على البائع للوكيل لا لموكله (رد محتار). وفيه عن البزازية لو ان المشتري من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشتري منه وهو على الوكيل والوكيل على الموكل وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اه . قلت وصورته وكل زيد عمرواً ببيع عقار فباعه من بكر بالف ثم باعه بكر من عمرو الوكيل بالف وخمسمائة ثم استحق من الوكيل فان الوكيل يرجع على بائعه بكر بالف وخمسمائة وهو الثمن الذي دفعه له وبكر يرجع على الوكيل بالف والوكيل على الموكل بالف

ولكن اذا كان الوكيل قد اضاف العقد الى موكله بان عقد البيع بقوله بعت بالوكالة عن فلان او اشتريت لفلان ففي هذه الحال تعود الحقوق المبينة آنفاً كلها الى الموكل ويبقى الوكيل في هذه الصورة بحكم الرسول

❊ المادة ١٤٦٢ ❊ تعود حقوق العقد في الرسالة الى المرسل ولا تتعلق بالرسول اصلاً

ولكن هذا اذا اضاف الرسول العقد الى مرسله اما اذا اضافه الى نفسه فالعهدة عليه احياناً . قال في جامع الفصولين لو بعث رجلاً ليستقرض له فاقرضه فضاع في يد

الرسول فلو قال الرسول اقرض لمرسل ضمن مرسله ولو قال اقرضني لمرسل ضمن الرسول اهـ. وفي الحامدية الرسول اذا لم يضف عقد الشرا الى المرسل لم يقع الشرا للمرسل بل يقع للرسول لان الشرا متى وجد نفاذاً لم يتوقف فاذا اضاف المشتري العقد الى نفسه وقع الشرا له ولزمه الثمن ولا يقبل منه قوله كنت رسولاً لان اضافة العقد الى نفسه تنافي الرسالة اهـ. وهذا بخلاف ما لو باع واضاف العقد الى نفسه اذ لا ينفذ البيع بل يتوقف عَلَى اجازة المرسل . وفي الحامدية لو ادعى العاقد انه رسول المشتري وادعى البائع انهُ وكيله وطالبه بالثمن فالقول للرسول والبينة على البائع لان الرسول منكر اضافة العقد الى نفسهِ والبائع يدعي عليهِ ذلك والقول للمنكر بيمينهِ اهـ

﴿ المادة ١٤٦٣ ﴾ المال الذي قبضه الوكيل بالبيع والشرا وايفاء الدين واستيفائه والمال الذي قبضه الوكيل بقبض العين بحسب وكالته هو في حكم الوديعة بيد الوكيل فاذا تلف بلا تعدٍ ولا تقصير لا يلزم الضمان والمال الذي في يد الرسول من جهة الرسالة ايضاً في حكم الوديعة

القيد الاحترازي هنا ان يقبض الوكيل المال بحكم الوكالة وذلك لان يد الوكيل والرسول يد نيابة عن الموكل بمنزلة المستودع فيضمن بما يضمن بالودائع ويبرأ بما يبرأ فيها فالوكيل بالبيع مثلاً اذا قبض الثمن ومات مجهلاً يضمن اخذاً من قولهم الامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل (حامدية) راجع المادة ٨٠١

فروع : دفع الى رجل قمقمة ليصلحها فدفع ونسي من دفع اليهِ لا يضمن الوكيل (در مختار) لانهُ فعل ما امره بهِ ولم يكن متعدياً بالنسيان بخلاف ما لو قال الوكيل بالبيع بعتهُ من رجل لا اعرفهُ وسلمتهُ اليهِ ولم اقدر عليهِ فضاع الثمن عنده فان الوكيل هنا ضامن . الوكيل بالبيع لو دفع المبيع الى رجل ليعرضهُ على من احب فهرب بهِ الرجل ولم يقدر عليهِ او تلف عنده المبيع فالوكيل ضامن اذ ليس له التسليم الى احد قبل البيع بدون اذن من الموكل اما لو كان بالاذن الصريح فلا شبهة في ان الوكيل يملك ذلك وكذلك اذا كان معروفاً عادةً بان كان ذلك الشيء انما يباع مع الدلال ولم يكن الوكيل دلالاً فاذا وكلهُ ببيعهِ مع علمهِ بذلك كان اذناً منهُ عادةً والمعروف عادة كالمشروط شرطاً و يؤيده ما في الخيرية ونصهُ : سئل فيما اذا جرت عادة التجار ان

يبعث بعضهم الى بعض بضاعة يبيعها و يبعث ثمنها مع من يختاره و يعتقد امانتهُ من المكارية بحيث اشتهر ذلك بينهم و باع المبعوث اليهِ البضاعة وارسل ثمنها مع من اختاره منهم على دفعات متعددة وانكر المبعوث اليهِ بعض الدفعات هل يكون القول قول باعث الثمن بيمينهِ ام لا بد له من بينة اجاب القول قوله اذ له بعثهُ مع من يختار و يراه امينًا لانهُ امين لم تبطل امانتهُ بالارسال (حامدية ملخصًا)· وفي التكملة عن الولوالجية رجل غاب وامر تلميذه ان يبيع السلعة و يسلم ثمنها الى فلان فباعها وامسك الثمن عنده ولم يسلمهُ حتى هلك لا يضمن لان استاذه لا يضيق عليهِ عادة فلا يصير بتأخير الاداء ضامنًا اه

✻ المادة ١٤٦٤ ✻ لو ارسل المديون دينه الى الدائن وقبل الوصول اليه تلف في يد الرسول فان كان رسول المديون يتلف من مال المديون وان كان رسول الدائن يتلف من مال الدائن و يبرأ المديون من الدين

وفي الخانية رجل بعث رسولاً الى بزّاز ان ابعث اليَّ بثوب كذا بثمن كذا فبعث اليهِ البزّاز مع رسوله او مع غيره فضاع الثوب قبل ان يصل الى الآمر وتصادقوا على ذلك فلا يضمن الرسول وان بعث البزّاز مع رسول الآمر فالضمان على الآمر لان رسوله قبض الثوب على المساومة وان كان رسول رب الثوب فاذا وصل الثوب الى الآمر يكون ضامنًا اه· وفيها مديون دفع الدراهم الى صاحب دينهِ وامره بان ينقدها فهلكت في يده هلكت من مال المديون والدين على حاله ولو دفع الدراهم الى صاحب الدين ولم يقل شيئًا ثم ان الطالب دفع الدراهم الى المديون لينقدها فهلكت في يده هلكت من مال الطالب كما لو دفعها الطالب الى اجنبي لينقدها اه · وفيها المديون اذا دفع الى صاحب الدين عينًا وقال بعهُ وخذ حقك منه فباعه وقبض الثمن فهلك في يده يهلك من مال المديون ما لم يحدث رب الدين فيه قبضًا لنفسه ولو قال بعهُ بحقك فباعه وقبض ثمنه صار مستوفيًا حقه حتى لو هلك بعد ذلك هلك عَلَى القابض اه· وفي التكملة عن الواقعات الحسامية المديون اذا بعث بالدين على يد وكيله فجاء به الى الطالب واخبره فرضي به الطالب وقال الوكيل اشترِ لي به شيئًا فذهب واشترى ببعضه شيئًا وهلك منه الباقي فانه يهلك من مال الطالب وهو الاصح لان امره بالشراء بمنزلة قبضه اه

﴿ المادة ١٤٦٥ ﴾ اذا وكل واحد اثنين معاً بامر فليس لاحدهما وحده التصرف في الامر الذي وكلا به

القيد الاحترازي ان يوكلهما معاً لان الموكل حينئذٍ رضي برايهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدراً ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك (درر) . وفي الاشباه المفوض الى اثنين لا يملكه احدهما كالوكيلين والوصيين والناظرين والقاضيين والمودعين اه . ثم اعلم انه اذا تصرف احد الوكيلين بدون راي صاحبه فتصرفه موقوف ان تصرف بحضرة صاحبه فان اجازه صاحبه جاز والا فلا وان كان صاحبه غائباً واجازه لم يجز عند الامام (تكملة) . وفيها اذا مات اوجن احد الوكيلين فلا يجوز للاخر التصرف وحده لان الموكل انما فوض الراي للباقي مع الذي فات رايه ولم يفوض له بانفراده فلا يملك التصرف وحده لعدم رضاه برايه اه . وفي الخانية رجل قال لرجلين وكلت احدكما بشراء امة لي بالف درهم فاشترى احدهما ثم اشترى الاخر فان الاخر يكون مشترياً لنفسه ولو اشترى كل واحد منهما جارية في وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى اه

ولكن اذا كانا قد وكلا بالخصومة او برد وديعة او ايفاء دين فلاحدهما ان يوفي الوكالة وحده واما اذا وكل رجلاً بامر ثم وكل غيره راساً بذلك الامر فايهما اوفى الوكالة جاز

اعلم ان المفوض الى الوكيلين لا يملكه احدهما الا في مواضع الاول اذا وكلهما على التعاقب فانه يجوز لاحدهما الانفراد لان الموكل رضي براي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله وهذا بخلاف ما لو اوصى الى اثنين على التعاقب فليس لاحدهما ان يتصرف وحده بعد موت الموصى والفرق ان الوصيين انما تثبت لهما الوصاية جملة عند موت الموصي اما حكم الوكالة فيثبت لكل منهما بنفس التوكيل (تكملة) الثاني اذا وكلهما في خصومة فلاحدهما ان يخاصم وحده لان الخصومة وان كانت تحتاج الى الرأي الا ان اجتماعهما فيها متعذر لافضاء الشغب في مجلس القاضي فاذا خاصم احدهما لا يشترط حضور الوكيل الاخر بل يشترط اخذ رأيه حتى لو

باشر احدهما بدون راي الاخر لا يجوز . الثالث اذا وكلهما في رد عين كوديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد وتسليم هبة وقضاء دين لان كل ذلك لا يحتاج الى راي بخلاف ما اذا وكلهما باسترداد عين او قبض هبة او اقتضاء دين اذ ليس لاحدهما القبض بدون اذن صاحبه لان للموكل فيه غرض صحيح لكون حفظ اثنين خيراً من حفظ واحد فاذا قبض احدهما ضمن قيمة كل المقبوض لانه قبضه بغير اذن المالك فان قيل ينبغي ان يضمن النصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا ذاك مع اذن صاحبه اما في حال الانفراد فغير مامور بقبض شيء « در مختار ورد محتار ملخصاً » . وفي الهندية وكل رجلين بان يهبا هذه العين ولم يعين الموهوب له ينفرد احدهما عند الكل ولو وكل رجلين باستئجار دار او ارض فاستأجر احدهما وقع العقد له فان دفعها الوكيل الى الموكل انعقدت بينه وبين الموكل اجارة مبتدأة بالتعاطي اه

﴿ المادة ١٤٦٦ ﴾ ليس لمن وكل بأمر ان يوكل به غيره

لان الموكل فوض اليه التصرف دون التوكيل به وقد رضي برايه دون غيره والناس مختلفون في الاراء والمراد انه لا يوكل فيما وكل به كما هو صريح المادة فخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه الى الوكيل فله التوكيل بلا اذن لانه اصيل فيها ولذا لا يملك الموكل نهيه عنها وصح للوكيل ان يوكل موكله بذلك « رد محتار » ولكن يشكل عليه ما في الخانية : الوكيل بالبيع اذا باع ووكل غيره بقبض الثمن فقبض وهلك الثمن عند القابض قال ابو حنيفة الضمان على الوكيل بالبيع لا على القابض فعنده القابض بمنزلة مودع المودع اه . ووجه الاشكال ان قبض الثمن من حقوق العقد الراجعة الى الوكيل فكان ينبغي ان لا يضمن بتوكيله اخر بالقبض لانه وكل بحق يعود اليه انظر المادة ١٥٠٣ . وفي الخانية ايضاً رجل وكل رجلاً بان يشتري له ثوباً سماه فاشترى الوكيل وغاب وامر رجلاً اجنبياً بقبض الثوب من البائع فقبض الاجنبي وهلك الثوب عنده قال محمد يضمن الوكيل لانه اودعه عند القابض اه

الا ان يكون الموكل قد اذنه بذلك او قال له اعمل برأيك اذ للوكيل حينئذ ان يوكل غيره

وكذا لو قال له الموكل ما صنعت من شيء فهو جائز فله ان يوكل بذلك لانه فوض الامر اليه فيما يراه عاماً والتوكيل من جملة ما رآه ولكن ليس للوكيل الثاني ان يوكل غيره لان الوكيل الاول لم يفوض اليه الامر عاماً « خانية » . وكذا ليس له ان يبيع المال من الوكيل الاول (بحر) . ثم اعلم ان للوكيل ان يوكل غيره بدون اذن الموكل في موضعين الاول الوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله يصح ويبرأ المديون بالدفع اليه ولو قبضه وضاع لم يضمن اما لو وكل من ليس في عياله فلا يصح فلو هلك في يده كان للامر الرجوع بدينه على المديون . الثاني عند تقرير الثمن من الوكيل الاول للوكيل الثاني اي لو ان الوكيل الاول عين الثمن لوكيله جاز لعدم الاحتياج الى رأي اما لو وكله بالشراء فينبغي ان يعين له المشترى لان الموكل رضي برأيه واختباره فليس له ان يفوض الى غيره ولا شك ان المشترى تتفاوت افراده اما لو عين الموكل الثمن لوكيله فليس للوكيل ان يوكل فان قيل كيف يصح اذا عين الوكيل الاول الثمن لوكيله ولا يصح اذا عين الموكل فالجواب ان الموكل اذا لم يعين الثمن كان غرضه راي الوكيل في معظم الامر وهو التقدير في الثمن فاذا قدره الوكيل لوكيله حصل المقصود ولكن لو ان الموكل قدر الثمن لوكيله علم انه يقصد رايه في غير الثمن والناس متفاوتون في الاراء « تكملة ملخصاً »

تتمة : اذا وكل الوكيل غيره بدون اذن وتفويض فعقد الثاني بحضرته او غيبته فاجازه الوكيل الاول صح وهو المعتمد لان توكيل الوكيل لما لم يصح التحق بالعدم فيكون الثاني فضولياً وحينئذٍ تتعلق حقوق العقد بالعاقد على الصحيح وقيدنا بالعقد احترازاً عن الوكيل فيما ليس بعقد كالوكيل بالابراء والخصومة وقضاء الدين اذا وكل احداً وفعل وكيله ولو بحضرته فانه لا يجوز خلافاً للخانية ولو فعل اجنبي فاجازه الوكيل جاز الا في الشرا فانه ينفذ على الاجنبي لان الشراء لا يتوقف متى وجد نفاذاً فلا يتصور ان يكون الاجنبي فضولياً اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة

وفي هذه الصورة يكون الذي وكله الوكيل وكيلاً للموكل ولا يكون وكيلاً لذلك الوكيل حتى انه لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الاول او بوفاته

وفي الخانية ان للوكيل الأول ان يعزل الوكيل الثاني اذا قال الموكل اصنع ما شئت لرضاه بصنعه وعزله من صنعه بخلاف اعمل برأيك اه

﴿ المادة ١٤٦٧ ﴾ اذا اشترطت الاجرة في الوكالة واوفاها الوكيل استحق الاجرة

اطلاقه يدل على انه لا فرق فيما اذا وقت وقتاً معلوماً لايفاء الوكالة او لا

وان لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالاجرة كان متبرعاً فليس له ان يطالب بالاجر

واما اذا كان ممن يخدم بالاجرة فله اجر مثله لان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً راجع المادتين ٤٣ و٥٦٣

الفصل الثاني

في الوكالة بالشراء

﴿ المادة ١٤٦٨ ﴾ يلزم ان يكون الموكل به معلوماً علماً يمكن معه ايفاء الوكالة على موجب الفقرة الاخيرة من المادة ١٤٥٩ وذلك بان يبين الموكل جنس ما يريد ان يشتري له وان كان لجنسه انواع متفاوتة فلا يكفي بيان الجنس فقط بل يلزم ان يبين ايضاً نوعه او ثمنه فان لم يبين جنسه او بينه ولكن كانت له انواع متفاوتة ولم يعين نوعه او ثمنه فلا تصح الوكالة الا ان يوكل توكيلاً عاماً . مثلاً لو وكل واحد غيره بقوله اشترِ لي فرساً تصح الوكالة واذا اراد ان يوكله لشراء قماش للبس

فيلزمه ان يبين جنسه بان يقول قماش حرير او قماش قطن ، ونوعه بقوله هندي او شامي ، او ثمنه بقوله على ان يكون الثوب منه بكذا . فان لم يبين جنسه بان قال اشترِ لي دابة او قماشاً او حريراً ولم يبين نوعه او ثمنه فلا تصح الوكالة . ولكن لو قال اشترِ لي قماشاً للبس او حريراً من اي جنس ونوع كان فذلك مفوض الى رايك كانت الوكالة عامة وللوكيل حينئذ ان يشتري من اي نوع وجنس شاء

اعلم ان الجهالة لا تخلو من ان تكون في المعقود عليه وهو المبيع والمشترى او في المعقود به وهو الثمن فالجهالة في المعقود عليه ثلاثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء ثوب او دابة وهي تمنع صحة الوكالة سواء سمى الثمن او لم يسمِ لان اسم الدابة يقع على كلما يدب عَلَى وجه الارض . وجهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض كالتوكيل بشرا الحمار والبغل والشاة والثوب المروي والمروبي وهي لا تمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن او لا . وجهالة متوسطة وهي بين الجنس والنوع كالتوكيل بشراء عبد او دار او لؤلؤة فان بيّن النوع او الثمن تصح وتلتحق بجهالة النوع وان لم يبيّن الثمن او النوع لا تصح وتلتحق بجهالة الجنس . اما الجهالة في المعقود به فلا تمنع صحة التوكيل حتى ان من وكل ببيع عين من اعيان ماله جاز وان لم يبين الثمن وجاز له ان يبيع باي ثمن شاء لان المعقود به اكتساب المالية والاجناس في المالية سواء فمن هذا الوجه اتحد الجنس ولا يختلف اما المعقود عليه فالمالية كما هي مقصودة فمرافق اخر ايضاً مقصودة كالسمن والركوب و باعتبارها يختلف الجنس فلم تجز الوكالة عند اختلاف الجنس « تكملة ملخصاً »

❊ المادة ١٤٦٩ ❊ يختلف الجنس ايضاً باختلاف الاصل او المقصد او الصنعة فخام القطن وخام الكتان مختلفا الجنس لاختلاف اصلهما وصوف الشاة وجلدها مختلفا الجنس لاختلاف المقصد منهما فان المقصد من الجلد عمل الجراب ومن الصوف عمل غير ذلك كغزل الخيط

ونسج السجاد وما اشبه وجوخ الافرنج مختلف الجنس عن جوخ الروم لاختلاف الصنعة فيهما مع ان كل منهما معمول من الصوف

اي اذا كان كل منهما معمولاً من الصوف فلا يلزم منه اتحادهما في الجنس وذلك لان المراد بالجنس هنا ما يشمل اصنافاً و بالنوع الصنف لاما اصطلح عليه اهل المنطق افاده في مجمع الانهر

﴿ المادة ١٤٧٠ ﴾ اذا خالف الوكيل في الجنس بان قال له الموكل اشترِ من الجنس الفلاني فاشترى من غيره فلا ينفذ شراؤُه في حق الموكل وان كان ما اشتراه اكثر فائدة

مثلاً لو وكله بشراء بغل بالف فاشترى له فرساً بالف لا يكون الشراء نافذاً بحق الموكل لانه قد يكون غرضه بالبغل لا بالفرس ولان الفرس ربما لا تصلح لغرضه بمعنى ان المال الذي اشتراه الوكيل يلزمهُ ولا يلزم الموكل

ولو اجاز الموكل شراءهُ (حامدية) وذلك لان الاجازة انما تلحق العقود الموقوفة والحال ان الشراء متى وجد نفاذاً لا يتوقف وهنا وجد نفاذاً على الوكيل فنفذ عليه كما علمت فكيف تلحقه الاجازة بعد ذلك اما اذا لم يجد الشراء نفاذاً بان كان الوكيل صبياً فانه ينعقد موقوفاً (انقروي) وحينئذٍ تصح اجازة الموكل و يقع بها الشراء له

﴿ المادة ١٤٧١ ﴾ لو قال الموكل اشترِ لي كبشاً فاشترى الوكيل نعجة لا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل وتكون النعجة للوكيل

ولو امره ان يشتري له فرساً او برذوناً وسمى له ثمناً فاشترى رمكة من الخيل او البراذين فان هذا لا يجوز على اهل الامصار و يجوز في البلدان التي يتخذ فيها الحجور والرماك اما البغال فيجوز فيها الذكر والانثى في الامصار وغيرها ما لم يسمِ انثى فيخالف الى ذكر او ذكراً فيخالف الى انثى « هندية »

﴿ المادة ١٤٧٢ ﴾ لو قال للوكيل اشترِ لي العرصة الفلانية ثم أُنشيء على العرصة بناء فليس للوكيل ان يشتريها

وان فعل وقع الشرا له لعدم توقف الشراء متى وجد نفاذاً كما تقدم في شرح المادة ١٤٦٢

ولكن لو قال اشترِ لي الدار الفلانية ثم اضيف اليها حائط او صبغت فللوكيل ان يشتريها بالوكالة على هذا الحال

وكذا لو غرس في الدار او في الارض نخل او اتخذ فيها بستان جاز للوكيل ان يشتريها لموكله ايضاً وكذلك الوكالة بالبيع حكمها في هذا حكم الوكالة في الشراء (تتارخانية) والاصل في ذلك ان الموكل به اذا تغير او تبدل بصورة يتبدل فيها اسمه ينعزل الوكيل عن الوكالة فلو وكل ببيع الكفرى (وهو وعاء طلع النخل) الذي في نخلة فلان او شراء الكفرى الذي في نخيل فلان فصار الكفرى بسراً او رطباً او تمراً بطلت الوكالة لتغير الاسم وكذا البسر اذا صار رطباً بطلت الوكالة ايضاً في البيع والشراء واذا صار بعض البسر رطباً بطلت الوكالة فيما صار رطباً في البيع والشرا ولم تبطل فيما بقي بسراً الا اذا كان الذي صار رطباً شيئاً قليلاً كرطبين او ثلاثة فحينئذٍ تبقى الوكالة في الكل والرطب اذا صار تمراً لم تبطل الوكالة في البيع والشرا استحساناً بخلاف العنب اذا صار زبيباً (هندية)

﴿المادة ١٤٧٣﴾ لو قال الموكل اشترِ لي لبناً ولم يعين نوع اللبن يحمل على اللبن المعروف في البلدة

وكذلك السمن ولو وكله بشراء دهن فهو على كل دهن يباع في السوق وكذا الفاكهة ولو وكله ان يشتري له لحماً فاشترى لحماً مشوياً او مطبوخاً لم يجز على الآمر الا اذا كان مسافراً نزل خاناً (هندية) والتوكيل بشرا البيض ينصرف الى بيض الدجاج خاصة (خانية)

﴿المادة ١٤٧٤﴾ لو قال الموكل اشترِ ارزاً فللوكيل ان يشتري من الارز الذي يباع في السوق اياً كان نوعه

اما لو عين له الموكل نوعاً من الارز فليس للوكيل حينئذٍ ان يشتري من نوع اخر

﴿ المادة ١٤٧٥ ﴾ لو وكل واحد آخر ليشتري له داراً لزمه ان يبين ثمنها والمحلة التي هي فيها وان لم يبين فلا تصح الوكالة

اي وان بين الثمن ولم يبين المحلة لا تصح الوكالة لان الدار تختلف باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان (مجمع الانهر)

﴿ المادة ١٤٧٦ ﴾ لو وكل واحد آخر ليشتري له لؤلؤة او ياقوتة حمراء يلزم ان يبين مقدار ثمنها والافلا تصح الوكالة

لفحش التفاوت بين اللؤلؤة والاخرى وحينئذٍ لو اشتراها الوكيل يقع الشرا له دون الموكل (هندية)

﴿ المادة ١٤٧٧ ﴾ يلزم في المقدرات بيان مقدار الموكل به او ثمنه فلو وكل واحداً ليشتري له حنطة لزمه ان يبين مقدار كيلها او ثمنها بان يقول بكذا دراهم والا فلا تصح الوكالة

وان بين الكيل والثمن صح بالاولى الاّ اذا اشترى الوكيل بثمن اكثر مما عيّن له فحينئذٍ يقع الشرا له واذا وكله مثلاً بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى احد عشر رطلاً بدرهم وقع الشرا للموكل بالاحد عشر رطلاً بخلاف ما لو كانت الزيادة كثيرة كما لو اشترى عشرين رطلاً بدرهم مما يباع عشرة منه بدرهم فانه يلزم الموكل عشرة ارطال فقط بنصف درهم خلافاً لهما والباقي للوكيل بنصف درهم لان الموكل امره بشراء عشرة ولم يامره بالزيادة فينفذ الزائد على الوكيل بخلاف ما لو كانت الزيادة يسيرة لانها تدخل بين الوزنين فلا تتحقق الزيادة . وهذا الحكم يجري في الموزونات فقط اما في القيميات فلا ينفذ بشيء على الموكل اجماعاً فلو وكله بشرا ثوب هروي بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوي كل واحد منهما عشرة لا يلزم الآمر واحد منهما لعدم امكان الترجيح لان ثمن كل واحد مجهول اذ لا يعرف الا بالحذر بخلاف اللحم فانه موزون مقدر فيقسم الثمن على اجزائه ولو امره بشرا ثوب بعينه والمسالة بحالها لزم الموكل ذلك الثوب بحصته من عشرة وكذا لو امره بشرا حنطة بعينها « تكملة ملخصاً »

﴿المادة ١٤٧٨﴾ لا يلزم وصف الموكل به يعني لا يلزم بيان وصفه بقوله اعلى او ادنى او وسط

لان جهالة الوصف جهالة يسيرة فتتحمل استحساناً اما القياس فيأباه · وجه القياس ان التوكيل بالبيع والشرا معتبر بنفس البيع والشرا فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه الا ترى انهم جعلوا الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ان مبنى التوكيل عَلَى التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرنا لكان ما فرضناه توسعة ضيقاً وخرجاً « تكملة ملخصاً »

لكن يلزم ان يكون وصف الموكل به موافقاً لحال الموكل · مثلاً لو وكل المكاري رجلاً ليشتري له دابة فليس للوكيل ان يشتري بعشرين الف غرش فرساً نجدياً وان فعل فلا يكون الشراء نافذاً على الموكل يعني لا يكون شراء ذلك الفرس للموكل بل للوكيل

وذلك لان الوكالة هنا قيدت بدلالة حال الموكل فان الوكيل قادر عَلَى تحصيل مقصود الموكل بان ينظر في حاله ومن هذا القبيل ما لو وكل القارىء انساناً بان يشتري له حماراً فانه ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز « تكملة » انظر المادة ٦٤

﴿المادة ١٤٧٩﴾ اذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته فان خالف لا ينفذ شراؤه على الموكل وما اشتراه فهو لنفسه ولكن اذا خالف بما هو اكثر فائدة للموكل فلا يعد ذلك مخالفة في المعنى · مثلاً لو قال اشترِ لي الدار الفلانية بعشرة الاف فاشتراها الوكيل باكثر فلا ينفذ شراؤه على الموكل وتبقى الدار للوكيل

ولكن لو قال الموكل للوكيل بعه بشهود او برأي فلان او علمه او مشورته وباع بدون ذلك جاز بخلاف لا تبع الا بشهود او الا بمحضر فلان، به يفتى · وكذا اذا دفع

اليه مالاً وقال له اشترِ لي زيتاً بمعرفة فلان فذهب واشترى بلا معرفته وهلك الزيت لا يضمن الوكيل بخلاف قوله لا تشترِ الا بمعرفة فلان « در مختار » والفرق ان قوله بعه بشهود او براي فلان الخ يحتمل المشورة والارشاد ويحتمل التقييد فلا يصير تقييداً بالشك بخلاف قوله لا تبع الا بشهود او الا بمحضر فلان الخ فانه نص في التقييد « تكملة » انظر شرح المادة ١٥٠١

اما اذا اشتراها باقل من عشرة الاف فالشراء يقع للموكل كذلك لو قال اشترِ نسيئةفاشترى الوكيل نقداً وقع الشراء للوكيل اما لو قال الموكل اشترِ نقداً فاشترى الوكيل نسيئة فالشراء يقع للموكل

والحاصل ان المخالفة اذا كانت في الجنس فهي غير جائزة سواء كانت الى خير او الى شر وان كانت في القدر او الوصف فان الى خير جازت وان الى شر فلا ومتى جازت وقع الشراء للموكل واذا لم يجزوقع للوكيل

تتمة : اعلم ان الاصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم فلو اختلف الموكل والوكيل فيما عينه الموكل فالبينة للوكيل والقول للموكل مثاله لو باع الوكيل نسيئة وقال الموكل امرتك ان تبيعه بنقدوقال الوكيل اطلقت فالقول للموكل وكذا لو باع الوكيل بخمسمائة وقال الموكل امرتك بالف او بمائة دينار او بحنطة او شعير او امرتك ان تبيع بكفيل وقال الوكيل بغيره فالقول للموكل كما لو انكر اصل التوكيل لان الامر يستفاد من جهته وكذا لو وكله بقضاء دينه لفلان وقال قضيته فقال الآمر امرتك ان تدفعه لفلان غيره فالقول للآمر بخلاف ما لو ادعى رب المال تقييد المضاربة بجنس كالحنطة مثلاً وادعى المضارب الاطلاق فان القول للمضارب اما اذا اتفقا بان عقد المضاربة وقع خاصاً واختلفا فيما خص العقد فيه فالقول لرب المال لاتفاقهما على العدول عن الظاهر والاذن يستفاد من قبله فيعتبر قوله، مثال ذلك لو ادعى رب المال المضاربة في الحنطة وادعى المضارب المضاربة في الشعير فالقول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة (در مختار وتكملة ملخصاً) وفي المنتقى وشرحه مجمع الانهر ولو قال الوكيل بشراء عبد شريته بالف وقال الموكل بل شريته بخمسمائة وليس لهما برهان فان كان الموكل قد دفع الالف الى الوكيل صدق الوكيل بيمينه ان ساوت قيمة العبد الفاً لانه امين يدعي الخروج

عن عهدة الامانة والموكل يدعي ضمان نصف ما دفع اليه وان لم تساوِ قيمة العبد الفاً بل نصفه صدق الموكل بدون يمين لانه امر الوكيل بشراء عبد بالف والمامور اشترى بغبن فاحش وان لم يكن الموكل قد دفع الالف الى الوكيل فان ساوت قيمة العبد نصف الالف صدق الموكل بدون يمين ايضاً لان المامور خالف الآمر وان ساوت قيمة العبد الالف تحالفا لان الموكل هنا كالمشتري والوكيل كالبائع وقد وقع الاختلاف في الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد والعبد للمامور في الصورتين ولا عبرة لتصديق البائع للمامور اه

﴿ المادة ١٤٨٠ ﴾ اذا اشترى الوكيل نصف ما وكل بشرائه فان كان في تبعيضه ضرر لا ينفذ الشراء على الموكل

بل يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة (در منتقى) يعني لو وكله بشراء فرس مثلاً فاشترى نصفه فالشرا موقوف اتفاقاً فان اشترى الوكيل باقيه قبل الخصومة لزم الموكل وارتفع التوقف لان شرا البعض قد يقع وسيلة للامتثال بان كان المبيع موروثاً بين جماعة فيحتاج الوكيل الى شرائه شقصاً شقصاً فاذا اشترى الباقي قبل مخاصمة الموكل له تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا اذا شرى الوكيل النصفين فلو شرى النصف ثم شرى الموكل النصف لم ينفذ عَلَى الآمر بخلاف عكسه اي لو اشترى الموكل النصف اولاً ثم اشترى الوكيل النصف الاخر فان الشرا نافذ على الموكل ولا فرق في ذلك كله بين التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه وانما توقف الشرا في هذه المسالة ولم ينفذ على الوكيل لانه انما ينفذ اذا وجد نفاذاً على العاقد وهنا شراء النصف لا ينفذ عَلَى الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه (تكملة ملخصاً) وفي الخانية لو اشترى الموكل نصف العبد ثم اشترى الوكيل النصف الاخر جاز فان استحق النصف الذي اشتراه الموكل اولاً كان له ان يرد الباقي لان شراء الوكيل كشراء الموكل اه. وفي الهندية امر رجلاً ان يشتري له داراً بالف فاشترى نصف دار ورثها الموكل مع اخيه جاز اه

والا ينفذ. مثلاً لو قال الموكل اشترِ لي طاقة قماش فاشترى الوكيل نصفها فلا يكون شراؤه نافذاً على الموكل بل يقع الشراء للوكيل اما لو

قال اشترِ ستة اكيال حنطة فاشترى ثلاثة وقع الشراء للموكل

ومثل ذلك لو وكله بشراء فرسين او جمع من الافراس فاشترى واحداً منها نفذ الشرا للموكل (هندية) ولو امر رجلاً بشراء عبدين معينين ولم يسمِ له ثمناً فاشترى الوكيل احدهما بقدر قيمته او بزيادة يسيرة نفذ الشرا للموكل وان شراه بغبن فاحش لا، وكذا لو وكل بشرائهما بالف وقيمتهما على السواء فشرى احدهما بخمسمائة او اقل صح وان باكثر ولو يسيراً لا يصح لمخالفته الى شر الاَّ ان يشتري الثاني من المعينين بما بقي من الالف قبل الخصومة لحصول المقصود وهو تحصيل العبدين اما اذا اختصما وفسخ العقد فلا يعود صحيحاً اه ملخصاً عن التنوير وشرحه للعلائي

﴿المادة ١٤٨١﴾ اذا قال الموكل اشترِ لي جوخ جبة فاشترى الوكيل جوخاً لا يكفي للجبة فلا ينفذ شراؤه على الموكل بل يبقى الجوخ للوكيل

وكذا لو وكله بشراء ثوب ليقطعه قميصاً فاشترى له ثوباً لا يكفيه قميصاً لا يلزم الامر ما لم يكن النقصان يسيراً (انقروي)

﴿المادة ١٤٨٢﴾ كما يصح للوكيل اذا وكل بشراء شي لم يعين له ثمنهُ ان يشتريه بمثل قيمته كذلك يصح له ايضاً ان يشتريه بغبن يسير ولكن لا يعفى الغبن اليسير ايضاً في الاشياء المعلوم سعرها كاللحم والخبز

والموز والجبن فلا ينفذ الشرا عَلَى الموكل ولو كانت الزيادة فلساً واحداً به يفتى (در مختار) لانه لما كان السعر معلوماً بين الناس صار بمنزلة المعين من الموكل فلا تقبل الزيادة (تكملة)

واما اذا اشترى بغبن فاحش فلا ينفذ شراؤهُ على الموكل في كل حال بل يقع له

بخلاف الوكيل بالبيع فان له ان يبيع بالغبن الفاحش كما سياتي في المادة ١٤٩٤ والفرق ان الوكيل بالشراء يحتمل ان يكون اشتراه لنفسه ثم لغلاء ثمنه يحوله الى الموكل وهذه التهمة لا توجد في الوكيل بالبيع لعدم احتمال الشراء لنفسه فجاز بيعه بالقليل والكثير ولا يرد على هذا التعليل ان الوكيل بشراء شيء معين لا توجد فيه هذه التهمة

لكونه لا يملك الشرا لنفسه لانه بالمخالفة يصير مشترياً لنفسه فتكون التهمة باقية (مجمع الانهر بتصرف)

❊ المادة ١٤٨٣ ❊ الشراء على الاطلاق يصرف الى الشراء بالنقود فالوكيل بشراء شيء اذا بادله بشيء اخر لا ينفذ شراؤه على الموكل بل يقع له اي للوكيل

مثاله وكل واحداً بشراء فرس ولم يسمِّ له الثمن فاشتراه الوكيل بغير النقدين كالمكيل والعروض فالشرا للوكيل لان المطلق ينصرف الى الاثمان اذ المتعارف الشراء بها والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً راجع المادة ٤٣ فيكون هذا خلافاً والوكيل بالشرا اذا خالف يقع الشرا له

ثم اعلم ان النقود تتعين في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف وكذا بعده على الاصح مثال الاول لو قال لغيره اشترِ لي بهذه الالف جارية فاراه الدراهم ولم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت ثم اشترى جارية بالف لزمت الوكيل ومثال الثاني ما لو دفع لاخر دراهم وامره ان يشتري بها شيئاً فاستهلك المامور الدراهم ثم اشترى ذلك الشيء بدراهم نفسه فالشرا للوكيل لا للموكل ويضمن الوكيل للموكل مثل دراهمه التي قبضها منه ولكن لو لم يستهلك الوكيل الدراهم بل هلكت او سرقت منه لا يضمن فان اشترى بعد ذلك نفذ الشرا عليه وان هلكت بعد الشرا فالشرا للموكل ويرجع الوكيل بمثل الثمن وان اختلفا في كون الهلاك قبل الشرا او بعده فالقول للآمر بيمينه . ومما فرعوا على هذا الاصل انه لو امر رجل مديونه بشراء شيء معين بدين له عليه وعين المبيع او عين البائع صح وجعل البائع وكيلاً بالقبض دلالة فيبرا المديون بالتسليم اليه وان لم يعين البائع او المبيع فلا يلزم الشرا الامر بل ينفذ عَلَى المامور لانه حينئذ توكيل المجهول وتوكيل المجهول باطل فاذا هلك المبيع في يد المامور هلك عليه وان قبضه الآمر فهو بيع بالتعاطي اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة

❊ المادة ١٤٨٤ ❊ اذا وكل واحد آخر بشراء شيء يلزمه لموسم معين تصرف الوكالة لذلك الموسم . مثلاً لو وكل واحد آخر في موسم الربيع بشراء جبة شالية فكانه وكله بشراء جبة يستعملها في الصيف فاذا

اشتراها الوكيل بعد مضي موسم الصيف او في ربيع السنة الاتية لا ينفذ شراؤه على الموكل وتبقى الجبة له اي للوكيل

ولو دفع الى رجل دراهم وامره ان يشتري له بها حنطة يزرعها فاشترى المامور حنطة قالوا ان اشتراها في اوان الزراعة يجوز الشراء على الامر وان اشتراها في غير اوان الزراعة كان المامور مشترياً لنفسه فيضمن دراهم الامر (خانية)

❋ المادة ١٤٨٥ ❋ الوكيل بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه حتى لو قال عندشرائه اشتريت هذا لنفسي فلا يقع الشراء له بل للموكل

لانه يؤدي الى تغرير الآمر من حيث انه اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه الا بمحضر من الموكل. وكما ان ليس للوكيل ان يشتريه لنفسه ليس له ان يشتريه لموكل آخر بالاولى وهذا ان لم يقبل وكالة الثاني بحضور الاول والا فهو للثاني. وان كان الاول وكله بشرائه بالف درهم والثاني بمائة دينار فاشتراه بمائة دينار فهو للثاني لانه يملك شراه لنفسه بمائة دينار فيملك شراءه لغيره ايضاً (مجمع الانهر) وهذا كله اذا وكله بشراء شيء بعينه فلو بشيء غير معين فهو على وجوه: ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه وان اضافه الى درهم مطلقة فان نوى الشرا للآمر فهو للآمر وان نواه لنفسه فهو لنفسه لان له ان يعمل لنفسه وللآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشرا اليه وان توافقا على انه لم تحضره النية او اختلفا بان قال الوكيل لم تحضرني النية وقال الموكل بل نويت لي او بالعكس قال محمد هو للعاقد وهو الارجح لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت (بحر ملخصاً)

الا ان يكون قد اشتراه باكثر من الثمن الذي عينه الموكل او بغبن فاحش اذا لم يكن الموكل قد عين له الثمن فحينئذٍ يكون ذلك المال للوكيل. وايضاً لو قال الوكيل اشتريت هذا المال لنفسي والموكل حاضر كان ذلك المال للوكيل

لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وكذا يقع الشراء للوكيل لو شراه بخلاف جنس ما سمى له الموكل من الثمن او بغير النقود كالعرض والحيوان ويقع الشرا للوكيل ايضاً لو امر الوكيل غيره بشرائه فشراه الوكيل الثاني بغيبة الوكيل الاول لمخالفة امر الآمر لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته اما لو شراه الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فالشراء يقع للموكل لانه يحضر رأيه حينئذٍ فلا يكون مخالفاً (مجمع الانهر) وكذا لو قال الموكل للوكيل اعمل برأيك فوكل الوكيل آخر فاشتراه بغيبة الوكيل الاول بمثل ذلك الثمن فان الشرا للموكل الاول لا للوكيل الاول (هندية) وفيها امر رجلاً ان يشتري له عبداً بعينه بالف درهم فاشتراه بالف ومائة ثم حط البائع المائة عن المشتري كان العبد للمشتري اه

﴿ المادة ١٤٨٦ ﴾ لو قال واحد اشترِ لي فرس فلان فذهب الوكيل بدون ان يقول لا او نعم واشترى ذلك الفرس فان قال عند اشترائه اشتريته لموكلي كان لموكله وان قال اشتريتهُ لنفسي كان له

لانه اذا صرح بالشراء لموكله كان ذلك قبولاً منه للوكالة فيقع الشرا للموكل سواء كان قد نقده الثمن ام لا وان صرح بالشرا لنفسه كان ذلك رداً للوكالة فيقع الشرا لنفسه

وان قال اشتريته ولم يقيد بنفسه او موكله ثم قال بعد ذلك اشتريته للموكل فان قاله قبل تلف الفرس او حدوث عيب به صدق وان قاله بعد ذلك فلا يصدق

اذا اجملت المجلة هذه المسألة فلا بد من التفصيل وهو انه اذا كان الفرس معيناً وهو حي فالقول للمامور انه اشتراه لموكله اجماعاً سواء كان الثمن منقوداً او لا لانه اخبر عن امر يملك استئنافه والمخبر به في التحقيق او الثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق المامور وان كان الفرس ميتاً والحال ان الثمن منقود فكذلك الحكم لان الثمن كان امانة في يد المامور وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امر به فكان القول قوله وان لم يكن الثمن منقوداً فالقول للموكل لان الوكيل اخبر عن امر لا يملك استئنافه

لان الميت ليس محلاً لانشاء العقد به وغرض الوكيل حينئذ انه يريد استحقاق الرجوع بالثمن عَلَى الآمر والقول قول الامين فيما ينفي به الضمان عن نفسه لا فيما يستحق به الرجوع على غيره بل القول قول الامر لانه ينكر استحقاقه الرجوع بل انما يكون الوكيل اميناً فيما دفع اليه بطريق الامانة وما لم يقبضه لا يسمى اميناً بالنسبة اليه وان كان الفرس غير معين وهو حي او ميت فقال المامور اشتريته لك وقال الامر بل اشتريته لنفسك فالقول للمامور ان كان الثمن منقوداً لانه في صورة حياة الفرس يخبر عن امر يملك استئنافه وفي صورة موته يدعي الخروج عن عهدة الامانة كما مر وان لم يكن الثمن منقوداً فالقول للامر لانه في صورة الحياة موضع تهمة اذ يحتمل ان يكون الوكيل اشتراه لنفسه فلما راى الصفقة خاسرة اراد الزامه للموكل ولانه في صورة الموت اخبر عن امر لا يملك استئنافه وغرضه انه يريد استحقاق الرجوع بالثمن عَلَى الامر وهو منكر فالقول قوله اه ملخصاً عن التنوير ومجمع الانهر وغيرها

﴿المادة ١٤٨٧﴾ لو وكل اثنان كل منهما على حدة وكيلاً واحداً بان يشتري شيئاً فلأيهما قصد الوكيل واراد عند شرائه ذلك الشيء يكون له

وفي الخانية قال لاخر اشترِ لي عبد فلان فقال نعم ثم وكله آخر بان يشتري له ذلك العبد فاشتراه الوكيل واشهد انه اشتراه للثاني ان قبل الوكالة بحضرة الاول كان العبد للثاني وان لم يكن بحضرته فهو للاول اه راجع شرح المادة ١٤٨٥ . وما في الخانية لا ينافي ما جاء في هذه المادة لان ما في الخانية فيما اذا كان الشيء الموكل به معيناً وما في المادة فيما اذا كان غير معين فالفرق واضح وانما اعتبرت النية في غير المعين لان للوكيل حينئذٍ ان يشتريه لايهما شاء اذ له ان يشتريه لنفسه اما في المعين فليس له ان يشتريه لنفسه فلا يشتريه للموكل الثاني بالاولى وعليه فلا يقع الشرا للموكل الثاني الا اذا قبل الوكالة بحضور الاول او شراه بثمن آخر كما مر لانه يكون حينئذٍ قد عزل نفسه عن الوكالة الاولى بحضور الموكل الاول وهو يملك ذلك بحضوره كما قدمنا في شرح المادة ١٤٨٥

﴿المادة ١٤٨٨﴾ لو باع الوكيل بالشراء ماله من موكله لا يصح

سواء كان خيراً او شراً «خانية» لانه لا يصح للواحد ان يتولى طرفي العقد ولا يجوز ايضاً للوكيل بالشراء ان يشتري ممن ترد شهادته له كاصوله وفروعه وزوجه وزوجته

وشريكه فيما يشتركان به للتهمة الا اذا اطلق له الموكل بقوله اشترِ ممن شئت فيجوز له ان يشتري منهم بمثل القيمة كما يجوز له ان يشتري منهم باقل من القيمة عند عدم الاطلاق لانتفاء التهمة ومثل الوكيل بالشراء الوكيل بالبيع وسياتي الكلام عليه في المادة ١٤٩٧ وشرحها . ومثله ايضاً الوكيل بالاجارة والصرف والسلم ولو آجر متولي الوقف عقاراً ممن ترد شهادته له لم يجز الا باكثر من اجر المثل وقيدنا بوكيل العقد احترازاً عن الوكيل بالقبض كما لو وكل رجلاً بقبض دين على ابيه او ولده فقال الوكيل قبضت الدين وهلك وكذبه الطالب فالقول قول الوكيل اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة

﴿ المادة ١٤٨٩ ﴾ اذا اطلع الوكيل على عيب في المال الذي اشتراه قبل ان يسلمه الى الموكل فله ان يرده بلا اذنه

لتعلق الحقوق به كما مر في المادة ١٤٩١ وشرحها . واذا مات الوكيل فلوارثه او وصيه رد المبيع بعيب وان لم يكن له وارث او وصي فيرده الموكل (تنوير) ثم انه اذا اراد الوكيل بالشراء رد المبيع بعيب فادعى البائع ان الموكل رضي بالعيب والموكل غائب وطلب يمين الوكيل او الموكل ليس له ذلك (خانية) واذا لم يستحلف ورد الوكيل المبيع على البائع ثم حضر الموكل وادعى الرضى واراد استرداد المبيع من البائع له ذلك وان اقام البائع البينة على ما ادعى قبلت بينته وان اقر الوكيل ان الموكل رضي بالعيب صح اقراره حتى لا يبقى له حق الخصومة ولو اقر الوكيل ان الآمر ابرأ البائع من العيب صدق على نفسه ولزمه المبيع الا ان يرضي الآمر او تقوم بينة على ذلك فيلزم الآمر ولو كان مكان وكيل الشراء وكيل بالخصومة في العيب وادعى البائع ان المشتري رضي بهذا العيب لا يملك رده حتى يحضر الموكل فيحلف (هندية) . وفيها الوكيل بالشراء اذا وجد بالمبيع عيباً قبل القبض وابرأ البائع عن العيب جاز ولزم الآمر وان كان بعد القبض لزمه دون الآمر اه . وفيها الوكيل بالشراء اذا رد المبيع على البائع بالعيب واخذ الثمن منه فضاع في يده ضاع من مال الوكيل و يغرم للآمر من مال نفسه اه

ولكن ليس له ان يرده بلا امر الموكل وتوكيله بعد التسليم اليه

لانتهاء الوكالة بالتسليم ولان في الرد ابطال يد المالك الحقيقية فلا يتمكن منه الا

باذنه ولهذا كان الوكيل خصماً لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده . قال في المنح قيد بالعيب لانه لو وكله ببيع متاعه فباعه فاسداً وسلمه وقبض الثمن وسلمه الى الموكل فله ان يفسخ البيع ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع (تكملة) . وفي الخانية والوكيل بالشراء اذا اشترى وسلم الى الموكل فوجد الموكل به عيباً رده على الوكيل ثم الوكيل يرد على البائع اه . وفي الهندية الوكيل بالشراء اذا اشترى العبد الذي وكل باشترائه ثم علم بالعيب قبل القبض يخير الوكيل يسيراً كان العيب او فاحشاً فان رده ارتد وان رضي فان كان العيب يسيراً ينفذ على الموكل وان كان فاحشاً فعلى الوكيل استحساناً الا ان يشاء الآمر . وذكر في المنتقى ان عَلَى قول ابي حنيفة اذا كان المبيع مع العيب يساوي الثمن الذي اشتري به فرضي به الوكيل فانه يلزم الآمر . والصحيح ما ذكر في المنتقى كما في الخانية ولو قال الآمر للوكيل حين رأى العيب لا ارضى به فرضي به الوكيل فللآمر ان يلزمه الوكيل اه . وفي البزازية الوكيل بالشراء لو رضي بالعيب فانه يلزمه ثم الموكل ان شاء قبله وان شاء الزم الوكيل وقبل ان يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل اه

﴿المادة ١٤٩٠﴾ اذا اشترى الوكيل المال بثمن مؤجل فهو في حق الموكل مؤجل ايضاً وليس للوكيل ان يطالب بثمنه نقداً

حتى لو مات الوكيل وحل الاجل بموته فلا يحل عَلَى الموكل وليس لورثة الوكيل ان يطالبوه بالثمن الا عند حلول الاجل (انقروي)

ولكن لو اشترى الوكيل بثمن حال ثم اجل البائع الثمن فللوكيل ان يطلبه من الموكل نقداً

ولو وهب البائع للوكيل كل الثمن رجع الوكيل على الموكل بالثمن كله ولو وهبه بعضه رجع بالباقي لانه حط ولو وهب له النصف ثم وهب له النصف الاخر لا يرجع الا بالنصف الاخر لان الاول حط والثاني هبة وهذه المسالة مبنية عَلَى ان هبة بعض الثمن حط لا هبة كله لان الحط يلتحق باصل البيع وفي حط البعض يبقى البيع بالباقي فيرجع به الوكيل على موكله ولو جعل هبة الكل حطاً لصار بيعاً بلا ثمن فيفسد به البيع فلذلك جعل هبة مبتدأة للوكيل فيرجع على الموكل بالثمن كله فلو وهبه اياه

بدفعتين او اكثر كان ما قبل الاخير حطاً وكانت الهبة الاخيرة مبتدأة فيرجع على الموكل بقدرها فقط (خانية)

﴿ المادة ١٤٩١ ﴾ اذا ادّى الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله وقبضه كان له حق الرجوع على الموكل · يعني ان له ان ياخذ من الموكل مثل الثمن الذي اداه

ولا يعد متبرعاً لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفان و يرد الموكل عَلَى الوكيل بالعيب فيصير الوكيل بائعاً من موكله حكماً فيطالب الثمن من موكله سواء دفعه الى بائعه او لا (مجمع الانهر) وهل للوكيل ان يرجع على موكله بمؤنة تسليم المبيع فيه تفصيل فان كان الموكل قد وكله بشراء شيء من غير المصر ففعل كان له ان يرجع عَلَى الموكل بمؤنة نقل المبيع الى بيت الموكل اما لو وكله بشرا شيء في المصر فاشتراه في غير المصر فلا يرجع (اقروي) وفي الخلاصة الوكيل بالشراء اذا اشترى ما امر به ثم انفق الدراهم بعد ماسلم المبيع الى الامر ثم نقد البائع غيرها جاز اه· وفي الخانية رجل عليه الف لرجل فامر المديون رجلاً ان يقضي الطالب الالف التي له عليه فقال المامور قضيت وصدقه الآمر وكذبه صاحب الدين لا يرجع المامور على الآمر لان المامور بقضاء الدين وكيل بشراء ما في ذمة الآمر فاذا لم يسلم له ما في ذمته لا يرجع المامور على الآمر كالوكيل بشراء العين اذا قال اشتريت ونقدت الثمن من مالي وصدقه الموكل وكذبه البائع لا يرجع الوكيل على الموكل فان اقام المامور بينة على قضاء الدين قبلت بينته و يرجع المامور على الآمر و يبرا الامر من دين الطالب اه· ولا يخفى ان معنى قوله لا يرجع الوكيل عَلَى الموكل انه لا يرجع بما ضاع عليه بجحود البائع والا فالثمن الذي وجب له بالعقد الحكمي يطالبه به بلا شبهة لان الوكيل بالشراء ينزل منزلة البائع من الموكل ولذلك يتحالفان اذا اختلفا في الثمن ويفسخ العقد الذي جرى بينهما حكماً فافهم (تكملة)

وله ايضاً ان يطالب الموكل بالثمن وان يحبس المبيع عليه حتى يؤديه له وان لم يكن هو قد اداه الى البائع

وذلك لانه انعقد بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية فكأن الوكيل اشترى المبيع

من البائع ثم باعه من موكله وهذا اذا كان الثمن حالاً اما لو اشتراه بثمن موجل تاجل في حق الموكل ايضاً كما مر في المادة السابقة وحينئذ ليس للوكيل حبس المبيع حتى يقبض ثمنه راجع المادة ٢٨٣ . ومثل الوكيل بالشراء الوكيل بالاستئجار فان له ان يوأخذ الموكل بدفع الاجرة اليه قبل ان يوٴديها الوكيل الى الموٴجر (هندية)

تتمة : قال في الهندية دفع الى رجل الف درهم وامره ان يشتري له به شيئاً بعينه فهلكت الدراهم في يد الوكيل ثم اشتراه نفذ الشرا على الوكيل وان هلكت بعد الشراء قبل ان ينقده فالشراء للموكل و يرجع الوكيل عليه بمثل الثمن هذا اذا اتفقا على الهلاك قبل الشراء او بعده فاما اذا اختلفا فالقول قول الموكل بيمينه على علمه ولو لم تهلك الدراهم حتى نقدها الوكيل فجاء رجل واستحقها من يد البائع رجع البائع على الوكيل والوكيل على الموكل ولو هلكت في يد الوكيل بعد الشراء ورجع على الآمر واخذ منه ثانياً فهلك الماخوذ ثانياً في يد الوكيل لم يرجع على الآمر بعد ذلك وكذا لو قبض الوكيل الدراهم من الموكل ابتداء بعد الشراء فهلكت في يده لم يرجع على الآمر و ينقد الثمن للبائع من مال نفسه اه . وفي الخانية رجل قال لمديونه اشترِ لي بما عليك جارية لا يصح التوكيل في قول ابي حنيفة ولو قال اشتر لي بما عليك جارية فلان او قال هذه الجارية صح التوكيل عند الكل اه

﴿ المادة ١٤٩٢ ﴾ اذا تلف المال المشترى في يد الوكيل بالشراء او ضاع قضاءً يتلف من مال الموكل ولا يسقط من الثمن شيء

حتى لو كان الوكيل قد ادى الثمن من ماله الى البائع كان له ان يرجع به على الموكل لان يد الوكيل كيد الموكل لكونه عاملاً له فيصير قابضاً بقبضه حكماً وفي الخانية دفع الى رجل الف درهم وامره ان يشتري له بها عبداً فوضع الوكيل الدراهم في منزله وخرج الى السوق واشترى عبداً بالف درهم وجاء به الى منزله ليدفع الدراهم الى البائع فاذا الدراهم قد سرقت وهلك العبد فجاء البائع يطلب منه الدراهم وجاء الموكل يطلب منه العبد كيف يفعل؟ قالوا ياخذ الوكيل من الموكل الف درهم و يدفعها الى البائع والعبد والدراهم هلكا على الامانة في يده هذا اذا علم بالبينة انه اشترى العبد وهلك في يده اما اذا لم يعلم ذلك الا بقوله فانه يصدق في نفي الضمان عن نفسه ولا يصدق في ايجاب الضمان على الآمر اه

ولكن لو حبسه الوكيل لاجل استيفاء الثمن وتلف حينئذٍ او ضاع لزم الوكيل اداء ثمنه

اما لو تعيب المبيع في يد الوكيل فلا يسقط من الثمن شيء لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ولكن يخير الموكل فان شاء ترك المبيع للوكيل وان شاء قبله بجميع الثمن (هندية)

ولو كان المبيع شيئين فهلك احدهما فالباقي يلزم الموكل بحصته من الثمن وليس له الخيار في رده والهالك يهلك على الوكيل (هندية) فهو حينئذٍ كمبيع هلك في يد البائع والبائع اذا حبس المبيع لاستيفاء الثمن يسقط الثمن بهلاكه فكذا هنا ولا رجوع للوكيل على الموكل سواء تساوت قيمته مع ثمنه او تفاوتا. ولو كان وكيلاً باستئجار دار وقبض الوكيل الدار فليس له ان يحبسها عن الموكل بالاجرة ولو شرط تعجيلها فان حبسها حتى مضت المدة فقيل الاجر على الوكيل ويرجع على الموكل وقيل يسقط عن الوكيل (تكملة). وفي الهندية الوكيل بشراء جارية بالف اذا اشتراها وقبضها ونقد الالف ولم يحبسها عن الامر حتى نقده الامر خمسمائة ثم طلبها منه الامر فمنعها فهلكت في يده سلم للوكيل الخمسمائة المقبوضة و بطلت الباقية عن الامر ولو كان حبسها في الابتداء فعليه رد المقبوضة ولا يرجع على الموكل اه . وفيها الوكيل بالشرا اذا اخذ السلعة على سوم الشراء وسمى الثمن فاراها الموكل فلم يرض بها وردها على الوكيل فهلكت عند الوكيل ضمن الوكيل قيمتها فان كان الآمر قد امره بالاخذ على سوم الشرا يرجع وان لم يامره لا يرجع اه

﴿ المادة ١٤٩٣ ﴾ ليس للوكيل بالشراء ان يقبل البيع بدون اذن الموكل

اعلم ان من ملك انشاء العقد ملك الاقالة الا خمسة الوكيل بالشراء والوكيل بالاستئجار لا يملك الاقالة بعد القبض استحساناً (هندية) والمتولي والوصي والصبي المأذون اذا اشتروا باقل من القيمة او باعوا باكثر منها لا تصح اقالتهم (اشباه)

تتمة : وكل رجلاً بشراء عبد بكذا فاشترى الوكيل وجاء بالعبد الى الموكل فقال الموكل هذا عبدي وقد كان غصبه فلان مني وقال الوكيل هذا عبد فلان وقد

اشتريته لك فهذا على وجهين ان كان الثمن مدفوعاً لا يقبل قول الموكل وان لم يكن الثمن مدفوعاً فالقول قوله ولا يكون للوكيل حق الرجوع عليه بالثمن ما لم يقم البينة على ما ادعاه فان اقام الوكيل بينة والموكل بينة فبينة الوكيل اولى (هندية)

الفصل الثالث

في الوكالة بالبيع

❊ المادة ١٤٩٤ ❊ الموكيل بالبيع اذا اطلقت وكالته ان يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً

ولو بغبن فاحش عند الامام لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه راجع المادة ٦٤ . وكذا يجوز بيعه ايضاً بالعروض سواء قل او كثر من القيمة عند الامام لانه بيع مطلق وقد وجد به خالياً عن التهمة فيجوز وعليه عامة المتون. ومثل الوكيل بالبيع الوكيل بالاجارة فان له ان يؤجر بالغبن الفاحش و بالعروض ولو وكل رجلاً باجارة ارض وفيها بيوت او ابنية ولم يسم البيوت والابنية فله ان يؤجر الارض مع البيوت وكذا اذا كان فيها رحى ماء (هندية)

تنبيه : الوكيل بالبيع اذا سكر فباع لم ينفذ على موكله (اشباه)

❊ المادة ١٤٩٥ ❊ ليس للوكيل اذا كان الموكل قد عين له ثمناً ان يبيع بانقص من ذلك الثمن، وان فعل انعقد البيع موقوفاً على اجازة موكله ولو باع بنقصان الثمن بلا اذن الموكل وسلم المبيع الى المشتري فللموكل ان يضمنه ذلك النقصان

لانه يصير غاصباً بالتسليم راجع المادة ٦٤ ولكن لو وكله ببيع عبده بالف درهم وقيمته الف فتغير السعر وصارت قيمته الفين ليس للوكيل ان يبيعه بالف وكذا اذا وكله ببيع جارية بالف فولدت ولداً يساوي الف درهم وكذا اذا اثمر النخيل (هندية)

﴿ المادة ١٤٩٦ ﴾ اذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح

وان اطلق له الموكل بقوله بع ممن شئت لانه يصير حينئذٍ متولياً طرفي العقد وهو لا يجوز وكذا لا يجوز للوكيل بالبيع ان يشتري مال موكله لطفله وان اطلق له الموكل لجامع الحجة لان الطفل يعقد له ابوه (در مختار) والحيلة في ذلك ان يبيعه من غيره ثم يشتريه منه وان امره الموكل ان يبيعه من نفسه او اولاده الصغار فباع لم يجز (خانية)

﴿ المادة ١٤٩٧ ﴾ ليس للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله ممن لا تجوز شهادتهم له

للتهمة ، بدليل عدم قبول الشهادة لان كل واحد ينتفع بمال الاخر عادة فصار بيعاً من نفسه من وجه . ودخل في البيع الاجارة والصرف والسلم (مجمع الانهر) . وفي الهندية الوكيل بالاجارة اذا آجر من ابيه او ابنه او ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز عند ابي حنيفة ولو آجر الدار لابي الموكل او ابنه جاز اه

الا ان يكون قد باعه باكثر من قيمته فحينئذٍ يصح . وكذا لو كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله بعه ممن شئت فانه يجوز ايضاً بيعه منهم بثمن المثل

وكذا اذا عين له الموكل ثمناً فباع بمثل ذلك الثمن (انقروي)

﴿ المادة ١٤٩٨ ﴾ للوكيل المطلق بالبيع ان يبيع مال موكله نقداً او نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له ان يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة

لان التعيين بالعرف كالتعيين بالنص راجع المادة ٤٥

وايضاً لو كان قد وكل بالبيع نقداً صريحاً او دلالة فليس له ان يبيع نسيئة . مثلاً لو قال الموكل بع هذا المال نقداً او بع مالي هذا وادِ

ديني فليس للوكيل ان يبيع ذلك المال بالنسيئة

وكذا لو قال الوكيل بع ما لي فان الغرماء يلازمونني او قال بع فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسيئة (هندية) وكذا لو كان على اهبة السفر وقال بعه فاني في حاجة الى النفقة (طحطاوي)

تنبيه . لو قال الموكل لوكيله بعهُ بالف نسيئة فباعه بالف نقداً جاز وان باعه باقل من الف لا يجوز (خلاصة)

☀ المادة ١٤٩٩ ☀ ليس للوكيل ان يبيع نصف المال اذا كان في تبعيضه ضرر وان لم يكن فيه ضرر فله ذلك

فلو وكله ببيع فرس فباع نصفه لا يجوز لعيب الشركة الا اذا باع الباقي قبل الخصومة (در مختار) بخلاف ما لو وكله ببيع كيلي او وزني فباع بعضه فانه يجوز لعدم ضرر الشركة

اما لو وكله ببيع فرسين فباع احدهما فهو على وجهين الاول ان يعين له الثمن بان يقول له بعهما بالفين فباع احدهما بالف فان كانت حصة المبيع من الثمن الفاً او اقل اوكانت اكثر منه بيسير صح البيع . الثاني ان لا يعين الموكل الثمن وفي هذا الوجه اذا لم يكن في التبعيض ضرر صح البيع ايضاً وان كان فيه ضرر كما لو كان احدهما اعلى من الاخر لا يصح (بحر) لان العادة ضم الردي الى الجيد ترويجاً له

☀ المادة ١٥٠٠ ☀ للوكيل ان ياخذ بثمن المال الذي باعه بالنسيئة رهناً او كفيلاً

لان الوكيل اصل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد اناب في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن (مجمع الانهر)

ولا يضمن اذا تلف الرهن او افلس الكفيل

لان الجواز الشرعي ينافي الضمان راجع المادة ٩١ والمراد بعدم الضمان عدمه

للموكل والا فالدين قد سقط بهلاك الرهن اذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهناً فضاع فانه لا يسقط من دين الموكل شيء ولا ضمان على الوكيل (مجمع الانهر) وفي التكملة عن الدراية واخذ الرهن يقع للموكل فلو رد الوكيل الرهن للمشتري جاز ويضمن للموكل الاقل من قيمته ومن الدين عند الامام وعند ابي يوسف لا يصح رده اه. وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر لو وهب الوكيل بالبيع الثمن من المشتري او ابرأه او حط عنه بعض الثمن جاز عند الامام ومحمد ويضمن الوكيل كل الثمن لموكله في الحال وعند ابي يوسف لا يجوز ولهما ان حقوق العقد راجعة الى العاقد وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها ودفع الضرر عن الموكل حاصل بتضمين الوكيل في الحال وكذا الخلاف لو اجل الثمن او قبل به حوالة اه ولكن اجمعوا على ان الثمن لو كان عيناً فوهبه الوكيل من المشتري انه لا يصح وكذلك لو كان الثمن ديناً فقبضه الوكيل ثم وهبه من المشتري لا يصح بالاجماع (هندية). وفي الخانية الوكيل بالبيع اذا باع فنهاه الموكل عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن لا يصح نهيه وان سلم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن ثم توى الثمن على المشتري لا ضمان على الوكيل عند ابي حنيفة ومحمد ولو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن فباعه قبل قبض الثمن وسلم المبيع كان البيع باطلاً حتى يسترد المبيع من المشتري ثم يبيع اه

المادة ١٥٠١ ليس للوكيل ان يبيع بلا رهن ولا كفيل اذا قال له موكله بع بالكفيل او بالرهن

ولو قال له بعه برهن ثقة لا يجوز الا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن او تكون قيمته اقل بمقدار ما يتغابن فيه واذا اطلق جاز برهن قليل اه. وفي التتارخانية الاصل في هذا النوع ان الموكل اذا شرط على الوكيل شرطاً مفيداً من كل وجه بان كان ينفعه من كل وجه فانه يجب على الوكيل مراعاة شرطه، اكده الموكل بالنفي او لم يؤكده، فلو قال بعه بخيار فباعه بدونه لا يجوز وان شرط شرطاً لا يفيد اصلاً بان كان لا ينفعه بوجه بل يضره لا يجب على الوكيل مراعاته، اكده بالنفي او لم يؤكده، كما اذا قال بعه بانف نسيئة او لا تبعه الا بالف نسيئة فباعه بالف نقد يجوز على الامر وان شرط شرطاً يفيد من وجه ولا يفيد من وجه بان كان ينفع من وجه ولا ينفع من وجه آخر، فان اكده بالنفي تجب مراعاته وان لم يؤكده بالنفي لا تجب مراعاته، كما اذا قال بعه في

سوق كذا فباعه في سوق اخر جاز وان قال لا تبعه الا في سوق كذا فباعه في سوق آخر لا يجوز وكذا اذا امره ان يبيع و يشهد على بيعه فان اكده بالنفي فباع ولم يشهد لا يجوز وان لم يؤكده بالنفي جاز اه ملخصاً انظر المادة ١٥١٥ وشرحها

واو اختلفا في الاطلاق والتقييد فقال الموكل وكلتك لتبيع بكفيل او برهن وقال الوكيل بل اطلقت فالقول للموكل لان الاصل في الوكالة التقييد راجع المادة ٧٧

﴿ المادة ١٥٠٢ ﴾ لا يلزم الوكيل بالبيع اذا لم يأخذ ثمن المبيع من المشتري ان يؤديه الى الموكل من ماله

وان فعل كان متبرعاً (در مختار) ولكن لو باع بثمن حال ثم اجله على البائع صح وضمن الثمن لموكله حالاً ولكنه يرجع به على المشتري عند حلول الاجل (صرة الفتاوى) وفي الدر المختار الوكيل بالبيع اذا كفل الثمن لموكله عن المشتري لم يجز لانه يصير عاملاً لنفسه لكون حق القبض له فكأنه كفل مطلوبه لنفسه فان ادى بحكم الضمان رجع على الموكل لبطلان الضمان لانه اذا كان الضمان باطلاً وقد ادى بحكم الضمان كان الاداء باطلاً ايضاً ولكن لو ادى بدون الضمان فلا يرجع لكونه متبرعاً .
وفي جامع الفصولين الوكيل بالبيع لو لم يقبض ثمن المبيع حتى لقي الموكل فقال بعت ثوبك لفلان وانا اقضيك الثمن عنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري ولو قال اقضيكه على ان يكون الثمن الذي على المشتري لي لم يجز ويرجع الوكيل على موكله اذا دفع اه

تنبيه : الوكيل بالبيع اذا مات مجهلاً للثمن بعد قبضه يضمن ولا يقبل قول ورثته انه دفعه في حياته بلا برهان لانه بموته مجهلاً تقرر في تركته الضمان فلا بد للخروج من عهدته عن البيان (خيرية)

﴿ المادة ١٥٠٣ ﴾ اذا قبض الموكل ثمن المبيع يصح وان كان القبض حق الوكيل

ولكن لو ابى المشتري ان يدفع الثمن الى الموكل فلا يجبر عليه لكون الموكل

اجنبياً عن الحقوق لرجوعها الى الوكيل اصالةً فان دفع المشتري الثمن الى الموكل
صح ولو مع نهي الوكيل استحساناً ولا يطالبه الوكيل ثانياً لعدم الفائدة لان الثمن
المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه٠ نعم لو كان
وكيل البائع وحده مديوناً للمشتري وقع الثمن مقاصةً بما عليه من الدين ويضمن الوكيل
للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل٬ وهذا عندهما٠ وقال ابو يوسف لا تقع المقاصة بدين
الوكيل وهو مبني على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فتقع
المقاصة وعنده لا يجوز فلا تقع٠ ولكن لو هلك المبيع في يد الوكيل قبل التسليم
بطلت المقاصة اجماعاً ولا ضمان للموكل على الوكيل لانه بالهلاك انفسخ البيع من
اصله ثم انه لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد ولو له دين على
الموكل والوكيل تقع المقاصة بدين الموكل دون الوكيل ومثل المقاصة في جانب
الوكيل يقال فيما اذا باعه الوكيل من دائنه بدينه فانه يصح ويبرأ الوكيل من الدين
ولكنه يضمن للموكل كما في الذخيرة (هندية)٠ وفي الخانية الوكيل بالبيع اذا باع ثم اقر
ان موكله قبض الثمن من المشتري كان القول قوله بيمينه ويبرأ المشتري من الثمن فان
حلف الوكيل لا ضمان عليه وان نكل ضمن للموكل اه

﴿المادة ١٥٠٤﴾ اذا كان الوكيل بغير اجرة فلا يجبر على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولكن اذا لم يشأ ان يستوفيه برضاه فيلزمه ان يوكل موكله بتحصيله وقبضه٠ اما الوكيل بالبيع باجرة كالدلال والسمسار فيجبر على تحصيل الثمن واستيفائه

اعلم ان الحقوق التي للوكيل كقبض المبيع والمطالبة بثمنه والمخاصمة في العيب
والرجوع بثمن المستحق غير واجبة عليه لانه متبرع لكن ينبغي ان يوكل الموكل
بهذه الافعال اما الحقوق التي عليه اي على الوكيل كتسليم المبيع والثمن ونحوها
فالوكيل فيها يدعي عليه فللمدعي ان يجبره على ذلك (تكملة)٠ وفيها الوكيل بالبيع او
وكل موكله بقبض الثمن صح وله عزله الا اذا خاصم الموكل معه في تأخيره المطالبة
فالزم القاضي الوكيل ان يوكل موكله لا يملك عزله اه٠ وفيها ايضاً لو ادعى المشتري
دفع الثمن الى وكيل البائع وانكر الوكيل وطلب المشتري تحليفه على عدم الدفع له

فنكل فقضي عليه فانه اي الوكيل يضمن الثمن للموكل لانه غير مضطر الى النكول لاحاطة القبض او عدمه بعلمه ولكونه اما باذلاً او مقراً وعلى التقديرين يضمن وهي واقعة الفتوى (رملي) وهذا بخلاف ما لو اقيمت دعوى عيب على الوكيل بالبيع فنكل فقضي عليه فانه يرد المبيع على موكله لانه مضطر الى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع اه ملخصاً

﴿ المادة ١٥٠٥ ﴾ للوكيل بالبيع ان يقيل البيع بلا اذن موكله ولكن لا تنفذ هذه الاقالة على الموكل ويلزم الوكيل ان يعطيه الثمن

ظاهره ان اقالة الوكيل بالبيع تصح قبل قبض الثمن وبعده كما حققه الخير الرملي . وفي قول آخر انها لا تصح بعد قبض الثمن لانه بعد قبضه يصير ملكاً للموكل ولعل اطلاق المادة مؤيد للقول الاول

وفي التكملة الوكيل بالاجارة اذا فسخها بعد مضي المدة لا يصح الفسخ اه . وفي الخانية الوكيل بالاجارة اذا ناقض الاجارة مع المستأجر قبل استيفاء المنفعة جازت مناقضته سواء كانت الاجرة ديناً او عيناً الا ان يكون الوكيل قبض الاجر فحينئذٍ لا تجوز مناقضته لان المقبوض صار ملكاً للموكل وثبتت عليه يد الموكل بيد الوكيل فاما قبل القبض ان كان الاجر عيناً لم يصر ملكاً للموكل بنفس العقد وعند اشتراط التعجيل لم تثبت عليه يد الموكل اه

تتمة: الوكيل بالبيع اذا باع ثم خوصم في عيب فقبل المبيع بغير قضاء لزمه ولا يلزم الموكل ويكون المبيع للوكيل ولا يكون له ان يخاصم الموكل فان خاصمه واقام البينة على ان هذا العيب كان عند الموكل لا تقبل بينته هذا اذا كان عيباً يحدث مثله وان كان قديماً لا يحدث مثله ذكر في عامة الروايات انه يلزم الوكيل وهو الصحيح . وان كان الرد بقضاء القاضي فان كان بالبينة لزم الموكل قديماً كان العيب او حديثاً وان كان القضاء بنكول الوكيل فكذلك عند علمائنا . وان رد على الوكيل باقراره بقضا القاضي ان كان عيباً لا يحدث مثله كان ذلك رداً على الموكل وان كان عيباً يحدث مثله لزم الوكيل وللوكيل ان يخاصم الموكل فان اقام الوكيل بينة ان هذا العيب كان عند الموكل رده على الوكيل (خانية) وان لم يكن له بينة فله ان يحلف الموكل فان

نكل رده عليه وان حلف لزم الوكيل (هندية) وفي التكملة عن الكافي ولو قبل وكيل الايجار المعيب من المستأجر بغير قضاء يلزم الموكل لان المنافع غير مقبوضة اه

الفصل الرابع

في المسائل المتعلقة بالمامور

﴿ المادة ١٥٠٦ ﴾ اذا امر واحد غيره باداء دين عليه لرجل او لبيت المال واداه المامور من ماله فانه يرجع بذلك على الآمر شرط الآمر رجوعه او لم يشترط . يعني سواء شرط الامر رجوع المامور بان قال له مثلاً ادِّ ديني على ان اؤديه لك بعد او اوفِ ديني وبعده خذه مني او لم يشترط ذلك بان قال فقط ادِّ ديني

الاصل فيه ان من قام عن غيره بواجب بامره رجع بما ادى وان لم يشترطه الا في مسائل ستاتي في شرح المادة ١٥٠٩

وبهذه الصورة لو ادعى المامور انه ادى الدين وكذبه الآمر والطالب ولا بينة له فالقول قولهما مع اليمين ويحلف الطالب على البتات والآمر على نفي العلم وان صدقه الموكل دون الطالب رجع المامور عليه بما صدقه به ويرجع الطالب ايضاً على الامر بدينه وهو الاشبه كما في البدائع (علي افندي عن البحر) ولكن لو دفع الآمر مالاً الى المامور وقال له اقضِ ديني فقال قضيته وكذبه الطالب فالقول للوكيل في براءته وللدائن في عدم قبضه فلا يسقط دينه ويجب اليمين عَلى احدهما فيحلف من كذبه الموكل دون من صدقه وعلى هذا او امر المودع بدفعها الى فلان فادعاه وكذبه فلان (تكملة عن البدائع) وفي البزازية لو قضى الورثة او الوصي من ماله ديناً على الميت كان له ان يرجع في تركته اه

﴿ المادة ١٥٠٧ ﴾ المامور بايفاء الدين من ماله بدراهم زائفة اذا اعطى الدائن دراهم خالصة فانه ياخذ من الآمر دراهم زائفة والمامور

بايفاء الدين بدراهم خالصة اذا ادى الدين بدراهم زائفة فانه يأخذ من الآمر دراهم زائفة ايضاً

والحاصل ان المامور بقضاء الدين اذا ادى اجود مما امر به يرجع بقدر ما امر به وان ادى اردى مما امر به يرجع بمثل المؤدى بخلاف الكفيل بالمال فانه اذا ادى اجود مما كفل او اردى يرجع بما كفل به كما مر في المادة ٦٥٧

اما لو كان ماموراً بايفاء الدين فباع ما له من الدائن وقاصه بدين الآمر فانه يرجع عليه بمثل الدين بالغاً ما بلغ حتى لو كان المامور قد باع ماله من الدائن باكثر من قيمته فليس للآمر المديون ان يحط الزيادة من دينه

مثال ذلك لو كان لزيد على عمرو الف درهم فامر عمرو بكراً بقضائه فباع بكر ثوبه وقيمته ثمانمائة من زيد بالف فلبكر ان يرجع على عمرو بالف وهو مثل الدين وليس لعمرو ان يدفع له قيمة الثوب وهي ثمانمائة ويجعل الزيادة وهي مائتان حطاً من دينه وقد ظهر من هذا انه يجوز للمامور ان يبيع ماله من الدائن بدين الامر ولا يكون متبرعاً وبه صرح في الهندية . وفيها دفع اليه غلاماً وقال بعه واعطِ فلاناً ثمنه قضاء مما له عليّ فاعطاه من عنده مثل ثمن الغلام قبل ان يبيعه قضاء بما له على رب الغلام فهو متطوع اه

﴿ المادة ١٥٠٨ ﴾ اذا أمر واحد آخر ان ينفق عليه او على اهله وعياله فانه يرجع على الامر بمثل ما انفقه بقدر المعروف وان لم يكن قد اشترط رجوعه بقوله انفق وانا اعطيك النفقة . كذلك لو امره بانشاء داره فانشأها المأمور فانه يرجع على الامر بما انفقه بقدر المعروف وان لم يشترط رجوعه

وان اختلفا في مقدار النفقة بهذه الصورة فلا يصدق المامور الا ببينة لانه يدعي ديناً على الآمر اما لو كان الامر قد دفع الدراهم الى المامور وامره بانفاقها على الوجه المشروح ثم قال المامور انفقتها وكذبه الآمر فيصدق المامور بيمينه لانه في هذه

الصورة امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة والقول قول الامين (خيرية)٠اي اذا لم يكذبه الظاهر٠انظر شرح المواد ٣٠٩ و١٤٤٤ و ١٧٧٤ ٠وفي صرة الفتاوي لو قال المامور انفقت كما امرني الآمر فلا يلزمه التفصيل

تتمة : قال في الملتقى وشرحه مجمع الانهر ومن عمَّر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها لان الملك لها وقد صح امرها بذلك والنفقة التي صرفها الزوج على العمارة دين له عليها لصحة الامر فصار كالمامور بقضاء الدين وان عمر الدار للزوجة بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع في الانفاق فليس له الرجوع عليها وان عمر لنفسه بلا اذنها فالعمارة للزوج لان الالة التي بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه و يكون غاصباً للعرصة وشاغلاً ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك٠ لكن بقي صورة وهي ان يعمر لنفسه باذنها ففي الفرائد ينبغي ان تكون العمارة في هذه الصورة له والعرصة لها ولا يؤمر بالتفريغ ان طلبته اه ٠ قلت وهو مشكل لان اذنها بالعمارة لايزيد على كونه اعارة للارض منه وقد مر في المادة ٨٣١ ان اعارة الارض للبناء او الغرس وان تكن صحيحة فللمعير ان يرجع بالاعارة متى شاء سواء كانت الاعارة مطلقة او موقتة بوقت الا انه في الصورة الاخيرة لو رجع قبل مضي المدة وكلف المستعير قلع غراسه ورفع بنائه فانه يضمن للمستعير تفاوت قيمتها بين وقت القلع وانتهاء مدة الاعارة فتأمل

﴿ المادة ١٥٠٩ ﴾ لو امر واحد آخر بقوله اقرض فلاناً كذا او هبه او تصدق عليه بكذا و بعده انا اعطيك ففعل المأمور فانه يرجع على الآمر اما اذا لم يشترط الرجوع بقوله مثلاً انا اعطيك او خذه مني بعد ذلك بل قال فقط اعط فليس للمامور الرجوع

والاصل في ذلك ان من قام عن غيره بواجب بامره رجع بما دفع وان لم يشترطه كالامر بالانفاق عليه و بقضاء دينه الا في مسائل وهي لو امره بتعويض عن هبته و باطعام عن كفارته و باداء عن زكاة ماله و بان يهب فلاناً الفاً (در مختار)٠ قال في الخانية لو قال هب لفلان الفاً فوهب كانت الهبة عن الامر ولا رجوع للمامور عليه ولا على الموهوب له وللامر الرجوع فيها والدافع متبرع ولو قال هب لفلان الفاً على اني

ضامن ضمن للمامور وللآمر الرجوع فيها دون المامور اه٠وفي الدر المختار وفي كل موضع يملك المدفوع اليه المال المدفوع اليه مقابلاً بملك مال فان المامور يرجع بلا شرط والا فلا اه ٠وعليه فالمشتري او الغاصب اذا امر رجلاً بان يدفع الثمن او بدل الغصب الى البائع او المغصوب منه كان المدفوع اليه مالكاً المدفوع بمقابلة مال هو المبيع او المغصوب ولهذا فالمامور يرجع بدون شرط ٠وظاهره ان الهبة لو كانت بشرط العوض فامره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال بخلاف ما لو امره بالاطعام عن كفارته فانه ليس بمقابلة مال فلا رجوع للمامور على الامر الا بشرط الرجوع ويرد عليه الامر بالانفاق عليه فانه تقدم انه يرجع بلا شرط مع انه ليس بمقابلة ملك مال وكذا الامر باداء النوائب (رد محتار ملخصاً)٠قلت ويمكن رد اعتراضه لجهة المامور بالانفاق بان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلاً بالشراء والتوكيل بالشراء لو دفع الثمن من ماله يرجع على الامر بدون شرط كما مر في المادة ١٤٩١ واما رجوع المامور باداء النوائب بدون شرط الرجوع فلم يتراء لي وجهه

ولكن لو كان رجوع المامور متعارفاً ومعتاداً بان كان في عيال الآمر او شريكه فانه يرجع وان لم يشترط الرجوع

وفي الخانية اذا امر صيرفياً في المصارفة ان يعطي رجلاً الف درهم قضاءعنه ففعل المامور فانه يرجع على الامر وان لم يقل قضاء عنه فان لم يكن صيرفياً لا يرجع الا ان يقول عني اه ٠وفيها اشترى لولده الصغير شيئاً ونقد الثمن من مال نفسه لا يرجع بالثمن على ولده الا ان يشهد انه اشتراه لولده ليرجع عليه وان لم ينقد الثمن حتى مات يؤخذ الثمن من تركته ثم لا يرجع بقية الورثة بذلك على هذا الولد اذا كان الميت لم يشهد انه اشتراه لولده وان اشترى لابنه الصغير وضمن الثمن ثم نقد الثمن في القياس يرجع على الولد وفي الاستحسان لا يرجع وان قال حين نقد الثمن نقدته لارجع على الولد كان له ان يرجع عليه اه٠وفي الهندية لو اشترى الاب لولده الصغير الطعام والكسوة يرجع بثمنه عليه وان لم يشهد عليه لانه مامور به غير متطوع فيه بخلاف شراء الدار والعقار اه

✵ المادة ١٥١٠ ✵ لا ينفذ امر احد الا في ملكه ٠ فلو قال لاخر

خذ هذا المال والقه في البحر فاخذه المامور والقاه في البحر وهو عالم بانه لغير الآمر فلصاحب المال ان يضمن الذي القاه ولا شيء على الآمر ما لم يكن مجبراً

وكذا لو لم يكن المامور عالماً بانه لغير الآمر فانه يضمن ايضاً ولكنه يرجع عَلَى الآمر في هذه الصورة لانه غره

راجع المادتين ٨٩ و٩٥ . وفي البزازية لو قال الدائن لمديونه ادفع مالي عليك من الدين الى من شئت او اطرحه في البحر ففعل لا يسقط عنه الدين لان الدين يقضى بملك المديون فلا يصح امره لمصادفته بملك الغير اه

﴿المادة ١٥١١﴾ لو امر واحد آخر ان يوءدي دينه بقوله ادِّ ديني وقدره كذا من مالك فوعده بادائه ثم امتنع عن الاداء فلا يجبر عليه بمجرد وعده

لان الوعد المجرد لا يلزم الوفاء به شرعاً راجع شرح المادة ٨٤ والوكيل ايضاً لا يجبر اذا امتنع عن فعل ما وكل فيه الا في مسائل ستأتي في المادتين ١٥١٢ و١٥٢٢ وشرحهما ومما فرعوا على ذلك ان الوكيل بالهبة والبيع لا يجبر عليه لكونه متبرعاً (در مختار)

﴿المادة ١٥١٢﴾ اذا كان للآمر دين في ذمة المأمور او كان له عنده وديعة من النقود وامره ان يوءدي دينه منهما فانه يجبر على ادائه

وكذا لو قال لغيره ادفع هذا الثوب الى فلان فقبل الوكيل ذلك وغاب الموكل فان الوكيل يجبر على دفع الثوب لانه يحتمل ان يكون ذلك الثوب مال فلان فيوءمر بالدفع اليه (خانية)

اما لو قال بع مالي الفلاني وادِّ ديني فلا يجبر عليه اذا كان المامور وكيلاً متبرعاً وان كان وكيلاً بالاجرة فانه يجبر على بيع المال واداء دين الآمر لانه حينئذٍ اجير والاجارة عقد لازم فيجبر عَلَى العمل

﴿ المادة ١٥١٣ ﴾ اذا اعطى واحد آخر مقداراً من الدراهم وقال اعطها لدائني فلان فليس لسائر غرماء الآمر ان يأخذوا من تلك الدراهم حصتهم منها وليس للمامور ان يعطيها الا للدائن الذي عينه الآمر

وذلك لان المديون يملك ايثار بعض الغرماء عَلَى بعض اذا كان في حال الصحة كما في الحامدية وغيرها

﴿ المادة ١٥١٤ ﴾ لو اعطى واحد آخر مقداراً من الدراهم ليقضي بها دينه وقبل ان يعطي المامور الدائن ذلك المبلغ او يوصله اليه او يرسله له علم بموت الآمر لزمه ان يرد تلك الدراهم الى تركة الآمر وعلى الدائن حينئذٍ ان يراجع التركة

اي وليس للمامور ان يدفع الدراهم الى الدائن وان فعل يضمن لانه انعزل عن الوكالة بموت الامر وبقي المال في يده وديعة فيجب ارجاعه الى التركة ، انظر المادة ١٥٢٧ . وفي الخانية مريض دفع الى رجل دراهم وقال له ادفعها الى ابني واخي ثم مات المريض فاراد الوكيل ان يدفع الدراهم اليهما وقد ظهر على الميت دين واراد الورثة اخذ المال فليس للوكيل ان يدفعهُ لهم لان الوكالة بطلت بالموت وبقي المال في يده امانة وهو كالمودع والمودع اذا دفع المال الى الورثة بغير امر القاضي والتركة مستغرقة بالدين كان ضامناً ، كذا في فتاوى سمرقند ، غير ان هذا الجواب صحيح اذا كان الوارث ممن يخاف عليه استهلاك المال اما اذا لم يكن كذلك يكون له اخذ الودائع وقضاء دين الميت منها اه

﴿ المادة ١٥١٥ ﴾ لو اعطى واحد آخر مقداراً من الدراهم ليؤديها لدائنه ونهاه عن تسليمها بقوله لا تسلمها له ما لم تظهّر بها سندي الذي هو في يد الدائن او تاخذ منه وثيقة تشعر بقبضها فسلمها بدون ان يفعل ما امر به ثم انكرها الدائن ولم يثبت قبضها فاخذها الدائن ثانية من الآمر كان له ان يضمنها المامور

وكذا او قال لا تدفع الدين الا بمحضر فلان فدفع بلا محضره فانه يضمن (بزازية) وكذا او قال له لا تدفع الا بحضور شهود فدفع ولم يشهد ضمن المامور ايضاً وعلى هذا المشتري اذا دفع ثمن ما اشترى الى رجل ليدفعه الى البائع وقال له لا تدفع ما لم تأخذ منه صكاً فدفع بدون ذلك فانه يضمن (انقروي) وفي تكملة رد المحتار لو ادعى الوكيل انه دفع بمحضر فلان او قال له الموكل لا تدفع الا بشهود فادعى دفعه بشهود وانكر الدائن القبض حلف الوكيل انه دفع بشهود فان حلف لم يضمن كما في الكافي اهـ. وهذا كله اذا كان نهي الآمر صريحاً كما هو ظاهر اما لو قال له اد بشهود او بموجب وصل فادى بدون ذلك فانه لا يضمن (حامدية)

الفصل الخامس

في الوكالة بالخصومة

﴿المادة ١٥١٦﴾ لكل من المدعي والمدعى عليه ان يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضا الآخر

ولا فرق فيما اذا كان طالب التوكيل معذوراً ككونه مريضاً او مسافراً او لم يكن ولو وكل وكيلاً بالخصومة عند القاضي فلان كان للوكيل ان يخاصم الى قاض اخر ولو وكله بالخصومة الى فلان الفقيه لم يكن له ان يخاصمه الى فقيه اخر (تكملة) ويشترط في الوكالة بالخصومة ان يكون المدعى به معلوماً الا ان يعم فيقول وكلته بمخاصمة فلان بكل حق ودعوى لي قبله (انقروي)

﴿المادة ١٥١٧﴾ يصح اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ان اقر في حضور الحاكم

سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه (درر) ولكن لا يصح اقرار الوكيل عَلَى موكله في حد وقصاص كما في التنوير وغيره وقيدوا بوكيل الخصومة احترازاً عن الوكيل بغيرها كالوكيل بالصلح او القبض فانه

لا يصح اقراره ولكن يصح اقرار وكيل القبض بالقبض والدفع للموكل (بزازية) وفيه كلام سيأتي في شرح المادة ١٧٧٤

والا فلا وينعزل هو عن الوكالة

وذلك لان الموكل انما وكله بالخصومة وحقيقتها لا تكون الا عند القاضي فلم يكن وكيلاً عند غيره لان غير مجلس القاضي ليس محلاً للخصومة التي هو وكيل فيها (تكملة)

وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولو برهن عَلَى الوكيل انه اقر في غير مجلس القضا خرج عن الوكالة ولا يدفع اليه المال كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضا لا يصح اقرارهما ولا يدفع اليهما المال لان لهما على الصغير ولاية نظرية وذلك بان يحفظا ماله ويتصرفا فيه عَلَى الوجه الاحسن والاقرار لا يكون حفظاً فينصب القاضي وصياً اخر ويدفع اليه المال اذا ثبت اه

﴿ المادة ١٥١٨ ﴾ اذا وكل واحد آخر واستثنى اقراره عليه جاز

سواء كان الاستثناء موصولاً او مفصولاً (خانية) وكذا لو وكله واستثنى الانكار فانه يصح لان الانكار قد يضر الموكل بان كان المدعى وديعةً فلو انكر الوكيل لا تسمع منه دعوى الهلاك او الرد وتسمع قبل الانكار (تكملة عن الصغرى)

فلا يصح اقرار الوكيل عَلَى الموكل بهذه الصورة (راجع الفقرة الاخيرة من المادة ١٤٥٦) واذا اقر في حضور الحاكم وهو غير ماذون بالاقرار فانه ينعزل عن الوكالة

﴿ المادة ١٥١٩ ﴾ الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض

لان من يؤتمن على الخصومة لا يؤتمن على المال لظهور الخيانة في الوكلاء في هذا الزمان (مجمع الانهر) وهذه المسألة من جملة المسائل التي رجحوا فيها قول زفر والوكيل بالتقاضي اي بطلب الدين كوكيل الخصومة لا يملك القبض (تنوير) وفيه الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك الصلح اجماعاً كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح اه

بناء عليه ليس للوكيل بالدعوى ان يقبض المال المحكوم به ما لم يكن وكيلاً بالقبض ايضاً

﴿ المادة ١٥٢٠ ﴾ الوكالة بالقبض لا تستلزم الوكالة بالخصومة

وهل المراد بالقبض قبض الدين او قبض العين او كلاهما ؟ الظاهر الاخير بدليل الاطلاق . وفي الهندية وكل رجلاً بقبض عين فجاء رجل واستهلك العين قبل القبض ليس للوكيل ان يخاصم المستهلك بقبض القيمة ولكن لو كان الوكيل قبض العين فاستهلكها رجل كان للوكيل ان يخاصمه بقبض القيمة اه . وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر وللوكيل باخذ الشفعة الخصومة قبل الاخذ اتفاقاً حتى لو اقام المشتري البينة على الوكيل على ان الموكل سلمها تقبل وتبطل الشفعة اما بعد الاخذ بالشفعة فليس له الخصومة وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة حتى لو اقام الموهوب له البينة عَلَى اخذ الواهب العوض تقبل و يبطل الرجوع ومثله الوكيل بالقسمة حتى اذا وكل احد الشريكين وكيلاً بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة على الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل و كذا الوكيل بالرد على البائع حتى اذا اقام البائع بينة على الوكيل بان الموكل رضي بالعيب تقبل و كذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته يعني له الخصومة واما قبل مباشرة الشراء لا يكون له الخصومة وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقاً وهو اصل فيها فيكون خصماً فيها اه . ولو وكله بقبض غلة ارضه وثمرتها كان له ان يقبض ذلك كل سنة (تكملة عن الكافي)

الفصل السادس

في المسائل المتعلقة بعزل الوكيل

﴿ المادة ١٥٢١ ﴾ للموكل ان يعزل وكيله عن الوكالة

لان الوكالة من العقود غير اللازمة اذ انها عقد تبرع وفي مجمع الانهر ولو علق وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجود الشرط صح وعليه الفتوى اه

ولكن ان تعلق به حق الغير فليس له عزله كما اذا رهن المديون ماله وحين عقد الرهن او بعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول اجل الدين فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضا المرتهن . كذلك لو وكل

واحد آخر بالخصومة بطلب المدعي فليس له عزله في غياب المدعي

وكما انه لا يجوز للموكل عزل وكيله اذا تعلق به حق الغير كذلك لا يجوز عزله ايضاً اذا تعلق به حق الوكيل كما لو وكل رجلاً ببيع عين من اعيان ماله ليستوفي الوكيل من ثمنها الدين الذي له في ذمة الموكل فليس للموكل عزله لتعلق حق الوكيل به (هندية) . قال حيدر افندي عن ابن عابدين ولكن ذلك محله فيما اذا كان الدين حالاً اذ لو كان مؤجلاً فللموكل عزله

☼المادة ١٥٢٢☼ للوكيل ان يعزل نفسه عن الوكالة ولكن لو تعلق به حق الغير كما ذكر انفاً صار مجبراً عَلَى ايفاء الوكالة

واو وكله برد وديعة وغاب الموكل يجبر الوكيل عَلَى دفعها (خانية انظر المادة ١٥١٢ وشرحها) وهل يبرأ الموكل عن عهدة ضمانها بمجرد الدفع للوكيل او لا الا اذا وصلت للمالك؟ الظاهر الثاني الا اذا كان وكيلاً من جانب المالك في استردادها فحينئذ يبرأ الغاصب من ضمانها (تكملة) والوكيل ببيع الرهن لو عزل نفسه بحضرة المرتهن ان رضي المرتهن بالعزل صح والا لا لتعلق حقه وكذا الوكيل بالخصومة بطلب المدعي فانه لا يملك عزل نفسه بغياب موكله الا برضا الخصم (در مختار)

☼المادة ١٥٢٣☼ اذا عزل الموكل الوكيل يبقى على وكالته الى ان يصل اليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً حتى ذلك الوقت

لان في عزله بغير علمه ضرراً به اذ ربما يتصرف عَلَى انه وكيل فتلحقه العهدة وهذا في العزل القصدي اما العزل الحكمي فيثبت و ينعزل قبل العلم كالرسول فان عزله ولو قصدياً لا يتوقف على علمه لانه مبلغ عبارة المرسل فعزله رجوع عن الايجاب انظر المادتين ١٥٢٦ و١٥٢٧ و يثبت العزل بمشافهة به و بكتابة مكتوب بعزله وارسال رسول مميز عدلاً او لا اتفاقاً سواء صدقه الوكيل او كذبه ولو اخبر الوكيل فضولي بعزله فلا بد من شطري الشهادة عدداً وعدالة . ثم ان الرسول انما يكفي اخباره اذا قال للوكيل ان الموكل ارسلني لابلغك عزله اياك عن وكالته اما لو لم يقل ذلك فحكمه حكم الفضولي فلا بد فيه حينئذ من شطري الشهادة (تنوير وتكملة ملخصاً) ولو وكل

غائباً فعزله قبل علمه بالوكالة صح عزله ولو لم يصل خبر العزل اليه (در مختار) لان ذلك رجوع عن الايجاب قبل انعقاد الوكالة

﴿المادة ١٥٢٤﴾ اذا عزل الوكيل نفسه لزمه ان يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهدته الى ان يعلم الموكل بالعزل

والمراد بالوكيل هنا الوكيل بالخصومة فانه لا يملك عزل نفسه بدون علم موكله والوكيل بشراء شيء بعينه كما اذا وكله بان يشتري شيئاً معيناً فاشتراه الوكيل لنفسه او وكل من يشتريه له فاشتراه فهو للموكل الاول لان الوكيل لا يملك عزل نفسه بغياب الموكل الا اذا اشتراه باكثر مما وكل به او بخلاف ما وكل به (بزازية راجع المادة ١٤٨٥ وشرحها) اما الوكيل بشراء شيء بغير عينه او ببيع مال الموكل ونحوه فيملك عزل نفسه بدون علم الموكل كما في الاشباه حتى لو وكله بقبض دينه او ببيع ثمره فتهاون ولم يقبض الدين ولم يبع الثمر حتى جف او افلس المديون فلا ضمان عليه (حامدية)

﴿المادة ١٥٢٥﴾ للموكل ان يعزل وكيله بقبض الدين في غياب المديون ولكن اذا كان الدائن قد وكله في حضور المديون فلا يصح عزله بدون علم المديون وفي هذه الصورة إذا اعطاه المديون الدين قبل ان يعلم بعزله فانه يبرا

انما لم يصح عزل الوكيل في الصورة الثانية بدون علم المديون لانهُ يلحقه مضرة وتغرير فانه قد يدفع المال الى الوكيل لما علم من الوكالة فلو صح عزله بدون علمهِ لكان مغروراً بذلك حيث دفع لغير وكيل مع اعتماده على ما علم من وكالته ولا يندفع التغرير الا اذا علم بالعزل والظاهر انه يلحق به ما اذا وكله بغير حضرته فبلغته الوكالة فينبغي ان يتوقف عزل الوكيل حينئذ على علم المديون، افاده الرحمتي

فرع : الوكيل بقبض الدين من رجل اذا وجب عليه من جنس الدين للمطلوب وقعت المقاصة (هندية)

﴿المادة ١٥٢٦﴾ تنتهي الوكالة بختام الموكل به وينعزل الوكيل عن الوكالة بالطبع عزلاً حكمياً

كما لو وكل رجلاً بقبض دينه فقبضه الوكيل او قبضه الموكل بنفسه انعزل الوكيل (تنوير) وفيه اشارة الى ان نهاية الموكل فيه قد تكون من الموكل وقد تكون من الوكيل وينعزل الوكيل بها قال في الهندية دفع الى رجل مالاً ليقضي دينه عنه ثم قضاه الآمر بنفسه ثم قضاه الوكيل فان كان الوكيل عالماً بما فعله الموكل فهو ضامن والا فلا ضمان عليه ويرجع الموكل على رب الدين بما قبض من الوكيل والقول قول الوكيل بيمينه في انه لم يكن عالماً اه فانظر كيف انهم اشترطوا في ذلك علم الوكيل مع انه عزل حكمي لا يشترط فيه العلم واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مامور بان يجعل المؤدى مضموناً على القابض لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل ولذا يضمنه القابض او هلك ولو وكل وكيلاً ببيع ماله فباع الوكيل والموكل معاً او لم يعلم السابق فبيع المالك اولى عند محمد وعند ابي يوسف يشترك المشتريان من الاصيل والوكيل في المبيع ويخيران في الصورتين لتفرق الصفقة عليهما (در مختار) ومقتضى القواعد ان المعتمد قول ابي يوسف و ينعزل الوكيل ايضاً بافتراق احد الشريكين اللذين وكلاه وينعزل ايضاً بحجر موكله ولا يشترط علمه في الصورتين لان هذا عزل حكمي وهذا اذا كان وكيلاً في العقود والخصومة اما اذا كان وكيلاً في قضاء دين واقتضائه وقبض وديعة فلا ينعزل بحجر موكله وذلك لان الماذون بعد حجره لا يملك العقود والخصومة فينعزل عنها وكيله ولكنه لا يحجر عن قضاء الدين واقتضائه وقبض وديعة لانه اصيل في عقود باشرها واسترداد امانة وردها فولايتها اليه ولو بعد حجره فلا ينعزل وكيله عنه (در مختار وتكملة ملخصاً) و ينعزل الوكيل ايضاً بتصرف الموكل بنفسه فيما وكل فيه تصرفاً يعجز الوكيل عن التصرف معه كما لو وكله بقبض دينه ثم احتال به على آخر انعزل الوكيل (انقروي) وكذا لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه الموكل بنفسه لانه حينئذ يعجز الوكيل عن اتمام ما وكل به ولكن اذا عاد الى الموكل ملكه القديم عادت الوكالة كما لو وكله ببيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ كخيار رؤية وشرط او عيب بقضا او فساد بيع فالوكيل على وكالته وان رد بما لا يكون فسخاً لا تعود الوكالة كما لو وكله في هبة شيء ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او اجره فسلم فهو على وكالته في ظاهر الرواية ولو وكله ان يؤجر داره ثم اجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود الوكيل على وكالته ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الطرفين لا التجصيص

بخلاف ما لو وكله ببيع ارض ثم زرع فيها فيبيع الوكيل الارض دون الزرع لان البناء والغرس يقصد بهما القرار بخلاف الزرع . وفي البدائع اذا باع الموكل ما وكل ببيعه ولم يعلم الوكيل فباعه وقبض الثمن فهلك في يده ومات المبيع قبل التسليم ورجع المشتري على الوكيل رجع الوكيل على الموكل وكذا لو استحق المبيع بعد هلاك الثمن في يد الوكيل لان الوكيل صار مغروراً من جهة الموكل والوكيل بقبض الدين لو قبضه وهلك في يده بعد ما وهبه الدائن للمديون ولم يعلم الوكيل لم يضمن (تكملة) ومفاده انه لو علم يضمن ويؤيده ما في الخانية رجل عليه دين لرجل فدفع الى رجل مالاً ووكله بدفعه الى الطالب ثم ان الطالب وهب الدين من المديون ثم دفع الوكيل المال الى الطالب فان علم الوكيل ان الطالب وهب الدين من المديون يضمن بالدفع وان لم يعلم بذلك لا يضمن اه

﴿ المادة ١٥٢٧ ﴾ ينعزل الوكيل بوفاة الموكل

وان لم يعلم الوكيل بوفاته لان العلم شرط للعزل القصدي لا للحكمي (مجمع الانهر) وفي الهندية لو مات الطالب ولم يعلم المطلوب فدفع المال الى الوكيل لا يبرأ وله ان يسترده ولو علم بموته ليس له ان يضمن الوكيل لو ضاع المال عنده اه . وفي الخانية وكل رجلاً ببيع مال ولده الصغير ثم مات الصغير وورثه الاب بطلت الوكالة عندنا خلافاً لزفر وكذا لو لم يمت الصغير بل مات الاب اه وان لم يمت الصبي بل بلغ قبل ان يصنع الوكيل شيئاً انعزل الوكيل عن الوكالة ووكيل الاب ووكيل الوصي على السواء (هندية)

ولكن اذا تعلق به حق الغير فلا ينعزل، راجع المادة ٧٦٠

يستثنى من ذلك الوكيل بالخصومة بالتماس الخصم فانه ينعزل بموت الموكل او جنونه (بزازية) وذلك لان خصومة الموكل متعذرة بعد موته والحق المتنازع فيه ينتقل الى غيره فتكون الخصومة متجددة مع من خلف الموكل والوكيل ليس بوكيل عنه (تكملة)

﴿ المادة ١٥٢٨ ﴾ ينعزل وكيل الوكيل ايضاً بموت الموكل، راجع المادة ١٤٦٦

﴿ المادة ١٥٢٩ ﴾ الوكالة لاتورّث يعني اذا مات الوكيل زال حكم الوكالة فلا يقوم وارث الوكيل مقامه

ولكن لو مات الوكيل بالشراء فحق الرد بالعيب لوارثه او وصيه وان لم يكن له وارث ولا وصي فللموكل في رواية ولوصي القاضي في اخرى (مجمع الانهر)

﴿ المادة ١٥٣٠ ﴾ تبطل الوكالة بجنون الموكل اوالوكيل

والمراد بالجنون هنا الجنون المطبق لان الجنون القليل بمنزلة الاغماء فكما لا تبطل الوكالة بالاغماء لاتبطل بقليل الجنون (حموي) وحد الجنون المطبق شهر عندابي يوسف وكذا عند الامام وعليه الفتوى (مجمع الانهر) ثم ان بطلان الوكالة بجنون الموكل محمول عَلَى ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل عزله في كل ساعة اما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل عزله كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطاً في عقد الرهن لا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان مطبقاً (هندية) قلت اما قوله وكان التسليط مشروطاً في عقد الرهن فغير قيد لما تقدم في المادة ١٥٢١ من انه ليس للراهن عزل الوكيل سواء كان التوكيل حين عقد الرهن او بعده فتنبه

الكتاب الثاني عشر

في الصلح والابراء ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالصلح والابراء

﴿ المادة ١٥٣١ ﴾ الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي و ينعقد بالايجاب والقبول

لكنه يتم بلا قبول من المدعى عليه اذا بدأ هو بطلب الصلح بعد اقراره بالدين فقال المدعي صالحتك على ذلك فلا يشترط قبول المدعى عليه لان ذلك اسقاط من المدعي وهو يتم بالمسقط وحده (طحطاوي).

✵ المادة ١٥٣٢ ✵ المصالح هو الذي عقد الصلح

✵ المادة ١٥٣٣ ✵ المصالح عليه هو بدل الصلح

✵ المادة ١٥٣٤ ✵ المصالح عنه هو الشيء المدعى به

✵ المادة ١٥٣٥ ✵ الصلح ثلاثة اقسام: القسم الاول الصلح عن الاقرار وهو الصلح الواقع عن اقرار المدعى عليه . القسم الثاني الصلح عن الانكار وهو الصلح الواقع عن انكار المدعى عليه . القسم الثالث الصلح عن السكوت وهو الصلح الواقع عن سكوت المدعى عليه بان لا يقر ولا ينكر

وهو في اقسامه الثلاثة صحيح شرعاً حتى ان المدعي يملك بموجبه بدل الصلح ولا يسترده المدعى عليه و يبطل حق المدعي في الدعوى ويصح مع الاقرار سواء كان الاقرار حقيقة او حكماً كطلب الصلح والابراء عن المال والحق (تكملة) انظر المادة ١٥٨٢ و يصح الصلح عن دعوى المال بمال او بمنفعة وعن دعوى المنفعة بمال او بمنفعة من جنس آخر (تنوير) وصورة الصلح عن دعوى المال بمنفعة ان يدعي عليه مالاً فيصالحه على سكنى دار وصورة الصلح عن دعوى المنفعة ان يدعي في دار سكنى سنة وصية من صاحبها فيجحد الوارث او يقر فيصالحه على مال او منفعة غير السكنى كخدمة العبد فانه جائز لان الصلح عن دعوى المنفعة على المنفعة انما يجوز اذا اختلف جنسهما اما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى فلا يجوز (درر) قال في مجمع الانهر وانما احتيج الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اه ومثله في الاشباه و نقل في مجمع الانهر عن البحر ما يخالفه حيث قال ان الصلح عن دعوى المال مطلقاً والمنفعة جائز كصلح المستاجر مع المؤجر عند انكاره الاجارة او مقدار المدة المدعى بها او الاجرة اه فتدبر

✵ المادة ١٥٣٦ ✵ الابراء على قسمين الاول ابراء الاسقاط والثاني ابراء الاستيفاء . اما ابراء الاسقاط فهو ان يبريء واحد الاخر باسقاط كل حقه قبل ذلك الاخر او بحط بعضه وهو الابراء المبحوث عنه في

كتاب الصلح هذا اما ابراء الاستيفاء فهو اعترافه بقبض واستيفاء حقه من آخر وهو نوع من الاقرار

والاول يختص بالدين لا بالعين لان اسقاط العين لا يصح والثاني يختص بالدين والعين كليهما ولهذا قالوا يصح الحط من المبيع ان كان المبيع ديناً وان عيناً لا يصح لانه اسقاط واسقاط العين لا يصح بخلاف الدين فيرجع المشتري على البائع بما دفع في براءة الاسقاط لا في براءة الاستيفاء ولو اطلقها فقولان (در مختار) ومما يفترق به النوعان ما جاء في الاشباه ورد المحتار من انه لو قضى المديون دينه ثم ابراه الدائن منه براءة اسقاط صح ورجع المديون على الدائن بما ادى اما او ابراه براءة استيفاء فلا يرجع لان هذه البراءة ليست الا اقراراً من الدائن باستيفاء حقه اه

❊ المادة ١٥٣٧ ❊ الابراء الخاص هو ابراء واحد من دعوى متعلقة بامر ما كدعوى دار او ضيعة او دعوى دين بسبب من الاسباب

❊ المادة ١٥٣٨ ❊ الابراء العام هو ابراء واحد من جميع الدعاوى

فالابراء الخاص كقوله ابرأته من دين كذا او ابراته مما لي عليه فيبرأ من الدين دون العين والابراء العام كقوله لا حق لي ولا دعوى او لا خصومة لي قبل فلان او هو بري من حقي او لا تعلق لي عليه او لا استحق عليه شيئاً او ليس لي معه امر شرعي او ابرأته من حقي او مما لي قبله (حامدية)

الباب الاول

في من يعقد الصلح والابراء

❊ المادة ١٥٣٩ ❊ يشترط ان يكون المصالح عاقلاً ولا يشترط ان يكون بالغاً فلا يصح صلح المجنون والمعتوه والصبي غير المميز اصلاً

وكذا لا يصح صلح النائم والمبرسم (هو من اخذه البرسام وهو وجع الصدر) والمدهوش (هو من ذهب عقله بذهول او وله) والمغمى عليه اذ ليس لهم قصد شرعي

وانما خصوا بذكر الصبي والمجنون لكونهما منصوصاً عليهما بعدم جريان الاحكام الشرعية عليهما فيدخل حكم هولاء في حكمهما بالدلالة او بالقياس لان حالهم كحالهما بل اشد تارةً اما السكران فلا يدخل فيهم لانه مخاطب زجراً له وتشديداً عليه لزوال عقله بمحرم ولذلك قال في منية المفتى صلح السكران جائز(تكملة) ملخصاً

ويصح صلح الصبي المأذون ان لم يكن فيه ضرر بيّن كما اذا ادعى رجل عليه شيئاً فاقرّ به اذ يصح صلحه عن اقرار وللصبي المأذون ان يصالح على تاجيل دينه اما اذا صالح على بعضه فان كانت له بينة فلا يصح صلحه وان لم تكن له بينة وعلم ان خصمه سيحلف فيصح وان ادعى على آخر مالاً فصالح على مثل قيمته صح اما اذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال فلا يصح

والحاصل انه يصح صلح الصبي اذا عري عن ضرر بيّن بان كان الصلح نفعاً محضاً في حقه او لا نفع فيه ولا ضرر او فيه ضرر غير بيّن فالمثال الاول الوارد في متن المادة يصلح مثالاً للنافع المحض والمثال الثاني لما فيه ضرر غير بيّن لان التاجيل من اعمال التجارة فيجوز والمثال الاخير وهو صلحه عن عين بقدر قيمتها مثال لما لا ضرر فيه ولا نفع اما صلحه عنها على نقصان فاحش فهو من الضرر البين ولهذا لا يجوز

﴿ المادة ١٥٤٠ ﴾ اذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح ان لم يكن فيه ضرر بيّن بالصغير وان كان فيه ضرر بين لا يصح ومن ثم لو ادعى واحد ديناً على صبي فصالحه ابوه على ان يعطيه كذا من مال الصبي صح الصلح ان كانت للمدعي بينة وان لم تكن له بينة لا يصح

لان المدعي لم يستحق سوى الاستحلاف ولا يستحلف الاب ولا الوصي ولا الصبي حال صغره والاب لا يصلح ان يفدي اليمين بمال الصغير وان تبرع الاب وصالح بماله صح كالاجنبي وهذه المسائل تجري في الاب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه وسواء كان الصلح في عقار او منقول او غيرهما في الكل او البعض واذا لم يصح صلح

الاب ووصيه فصالح الاخ والوصي من الام لا يصح بالاولى (تكملة ملخصاً)

واذا كان للصبي دين في ذمة آخر وصالحه ابوه بحط بعض الدين واسقاطه لا يصح صلحه ان كانت له بينة وان لم تكن له بينة وعلم ان المديون سيحلف فحينئذ يصح

ولكن لو وجد الاب بعد ذلك بينة عادلة فله ان يقيمها و يبطل الصلح وكذا الصبي اذا وجد بينة بعد البلوغ (علي افندي عن الحاوي) وفيه عن المبسوط اذا كان للصغير دين فصالح ابوه او وصيه على بعضه وحط عن المديون ان كان الدين وجب بمعاقدة الاب او الوصي يصح الحط و يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وان لم يكن بمعاقدته لا يصح لانه متبرع بمال الصغير اه وكذا الحكم لو صالح الولي على تاجيل الدين (بزازية)

ويصح صلح الولي عن دين الصبي على مال تساوي قيمته مقدار الدين ولكن اذا وجد غبن فاحش فلا يصح الصلح

بخلاف ما لو وجد غبن يسير فانه يصح (هندية) وفي الدر المختار ادعى وقفية ارض فان كان له بينة لا يصح صلحه لانه لا مصلحة فيه للوقف ولا نظر لكون البينة قد ترد والقاضي قد لا يعدل وان كان لا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز الصلح وطاب للمدعي البدل لو صادقاً في دعواه اه وفي مجمع الانهر لا يصح الصلح من واحد عن دعوى العامة كما اذا صالح عما اشرعه الى الطريق العام . نعم للامام ذلك اذا كان فيه صلاح المسلمين و يضع ذلك في بيت المال اه

﴿المادة ١٥٤١﴾ لا يصح ابراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقاً

وفي جامع الفصولين والوصي لو ابرأ غريم الميت او حط عنه شيئاً صح عندهما لو عاقداً وضمن ولو لزم بعقد غيره لم يصح وفاقاً وكذا المتولي لو ابرأ المشتري من الثمن يصح عندهما اه

﴿المادة ١٥٤٢﴾ الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح

ومن ثم لو وكل آخر بدعواه فصالح الوكيل عن تلك الدعوى بلا اذن موكله لا يصح صلحه اي لا ينفذ

بل يتوقف على اجازة موكله كبيع الفضولي انظر المادة ١٥٤٤

❋ المادة ١٥٤٣ ❋ اذا وكل واحد آخر ليصالح عن دعواه فصالح بوكالته فالمصالح عليه يلزم الموكل ولا يؤاخذ به الوكيل ولا يطالب به

هذا اذا صالح عنه عن انكار او سكوت مطلقاً اي سواء كان الصلح عن مال بمال او لا وهذا ايضاً اذا صالح عن اقرار او عن سكوت او انكار في دم العمد او فيما لا يحمل على المعاوضة بل على الاسقاط كالصلح على بعض الدين لان الصلح حينئذٍ اسقاط فكان الوكيل سفيراً معبراً فلا يطالب ببدل الصلح (در مختار ومجمع الانهر)

الا ان يكون الوكيل قد ضمن المصالح عليه فانه يؤاخذ حينئذ بكفالته وايضاً لو صالح الوكيل عن اقرار عن مال على مال واضاف الصلح الى نفسه فانه يؤاخذ حينئذ فيؤخذ منه بدل الصلح وهو يرجع به على الموكل

لان الصلح عن اقرار بمال عن مال يحمل على المعاوضة لانه كالبيع والوكيل اصل في المعاوضات المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل وهذا كله اذا اضاف الوكيل الصلح الى نفسه كما صرحت المادة اما لو اضافه الى الموكل فلا يلزمه شيء بل يطالب الموكل بالعوض اذ ان الوكيل متى اضاف العقد الى موكله لا تعود حقوق العقد اليه بل الى الموكل كما مر في المادة ١٤٦١

مثلاً لو صالح الوكيل بالوكالة على كذا دراهم لزم الموكل اعطاء ذلك المبلغ ولا يكون الوكيل مسؤولاً به ولكن لو قال صالح على كذا وانا كفيل به فحينئذ يؤخذ ذلك المال منه وهو يرجع به على موكله وكذا لو وقع الصلح عن اقرار عن مال على مال وقال الوكيل للمدعي صالحني عن دعوى فلان بكذا فحينئذ يؤخذ بدل الصلح من الوكيل لان هذا الصلح في حكم البيع وهو يرجع على الموكل

والحاصل انه اذا وكل واحد آخر بالصلح عما لا يحمل على معنى المعاوضة كالصلح عن دم العمد او عن بعض دين يدعيه عليه لزم بدله الموكل سواء كان الصلح عن اقرار او انكار او سكوت لان هذا الصلح اسقاط فكان الوكيل سفيراً معبراً فلا يلزمه شيء

الا اذا ضمن بدل الصلح فيلزمه حينئذ بحكم الضمان لا بحكم الصلح اما لو وقع الصلح على ما يحمل على معنى المعاوضة كالصلح عن مال على مال عن اقرار فيلزم الوكيل بدل الصلح اذا اضاف الصلح الى نفسه لان الوكيل اصل في المعاوضات المالية كامر فتعود الحقوق اليه . واذا كان الصلح عن انكار او سكوت فلا يلزم الوكيل مطلقاً اي سواء كان الصلح عن مال على مال او لا لعدم تضمنه حينئذ معنى المعاوضة

﴿ المادة ١٥٤٤ ﴾ اذا صالح الفضولي يعني لو صالح واحد بلا امر عن دعوى واقعة بين اثنين وضمن بدل الصلح او اضافه الى ماله بقوله علَى مالي الفلاني او اشار الى نقود او عروض حاضرة وقال على هذا المبلغ او هذه الساعة او اطلق بقوله صالحت على كذا ولم يضمن ولم يضف الى ماله ولم يشر الى شيء ولكنه سلم بدل الصلح في هذه الصور الاربع يصح الصلح ويكون المصالح متبرعاً

الا اذا ضمن بدل الصلح بامر المدعى عليه فانه حينئذ يرجع على المصالح عنه (بزازية) وفيها الامر بالصلح امر بالضمان لعدم توقف صحته على الامر فيصرف الامر الى اثبات حق الرجوع اه

واذا لم يسلم بدل الصلح بالصورة الرابعة اي صورة الاطلاق فيتوقف الصلح علَى اجازة المدعى عليه فان اجازه صح ولزمه بدله

اي وان لم يضمن ولم يضف ولم يشر ولم يسلم فالصلح موقوف على اجازة المدعى عليه فان اجازه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره

وان لم يجزه بطل وتبقى الدعوى على حالها

لان المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه . قال في الدرر بعد ذكره هذه المسالة انها على خمس صور لان الفضولي اما ان يضمن المال اولا فان لم يضمن فاما ان يضيفه الى ماله او لا فان لم يضفه فاما ان يشير الى نقد او عوض او لا فان لم يشر فاما ان يسلم العوض او لا فالصلح جائز في الوجوه كلها الا في الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى ماله ولم يشر اليه ولم يسلمه الى المدعي

حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفاً على الاجازة اذ لم يسلم للمدعي عوض فلم يسقط حقه مجاناً لعدم رضاه به فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل بخلاف سائر الوجوه فانها جائزة اما الاول فلان الحاصل للمدعى عليه البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء ويجوز ان يكون الفضولي اصيلاً اذا ضمن البدل اما الثاني فلانه اذا اضافه الى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح واما الثالث فلانه اذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد تاماً بقوله واما الرابع فلان دلالة التسليم على رضى المدعي فوق دلالة الضمان والاضافة الى نفسه على رضاه والخامس لما لم يكن كباقي الوجوه لم يفد صحة الصلح اه

الباب الثاني

في بعض احوال المصالح عليه والمصالح عنه

وبعض شروطهما

﴿المادة ١٥٤٥﴾ ان كان المصالح عليه عيناً فهو في حكم المبيع وان كان ديناً فهو في حكم الثمن فما يصلح لان يكون مبيعاً او ثمناً في البيع يصلح ان يكون بدلاً في الصلح ايضاً

﴿المادة ١٥٤٦﴾ يشترط ان يكون المصالح عليه مال المصالح وملكه فلو اعطى المصالح مال غيره ليكون بدلاً للصلح فلا يصح صلحه

ولهذا لو صالحه على مال ثم استحق بدل الصلح بطل الصلح انظر المادة ١٥٥٠ وشرحها . وقوله يشترط ان يكون المصالح عليه ملكاً يشمل المنفعة لانها ملك فلو صالح على ركوب حيوان معين لوقت معين او على سكنى دار معينة لمدة معينة صح (تكملة) ويشترط ايضاً ان يكون المصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه. ولو كان غير مال كالقصاص والتعزير فلا يصح لو المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياض عنه كحق شفعة وكفالة بنفس (تنوير) ولو ادعى ممراً في دار او مسيلاً على سطح او شرباً في نهر فاقر او انكر ثم صالحه على شيء معلوم جاز (تكملة) انظر المادة ١٥٥٥

﴿المادة ١٥٤٧﴾ يلزم ان يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين ان كانا محتاجين الى القبض والتسليم والا فلا

لانهما اذا كانا محتاجين الى القبض فجهالتهما تفضي الى النزاع فيمتنع القبض اما اذا لم يكونا محتاجين الى القبض والتسليم فيكون الصلح اسقاطاً وجهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة (درر) قال في جامع الفصولين الصلح على خمسة اوجه صلح على دراهم او دنانير او فلوس فيحتاج الى ذكر القدر، الثاني على بر او كيلي او وزني مما لا حمل له ولا مؤنة فيحتاج الى ذكر قدر وصفة اذ يكون جيداً او وسطاً او ردياً فلا بد من بيانه، الثالث على كيلي او وزني مما له حمل ومؤنة فيحتاج الى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند ابي حنيفة كما في السلم، الرابع صلح على ثوب فيحتاج الى ذكر ذرع وصفة واجل اذ الثوب لا يكون ديناً الا في السلم وهو عرف مؤجلاً ، الخامس صلح على حيوان ولا يجوز الا بعينه اذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصلح ديناً فيها اه

مثلاً لو ادعى واحد حقاً في دار هي في يد آخر فادعى هذا الآخر حقاً في روضة هي في يد الاول وتصالحا بدون ان يعين كل منهما مدعاه على ان يترك كلاهما دعواه فانه يصح . كذلك لو ادعى واحد حقاً مجهولاً من الدار التي هي في يد الاخر وصالحه على بدل معلوم ليترك الدعوى فانه يصح . ولكن لو تصالحا على ان المدعي يعطي المدعى عليه بدلاً وان يسلمه المدعى عليه حقه فلا يصح

لان حق المدعي مجهول فلا يعرف ما يجب ان يقبض من المدعى عليه فيقع النزاع بخلاف الصورة الاولى فان الصلح وقع على ترك الحق المجهول فكان اسقاطاً وجهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة

الباب الثالث

في المصالح عنه ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في الصلح عن الاعيان

﴿المادة ١٥٤٨﴾ اذا وقع الصلح عن اقرار على مال عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع

فتجري فيه احكام البيع فينظر ان وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء وان وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربا (رد محتار)

فكما يثبت فيه خيار العيب والرؤية والشرط كذلك تثبت فيه دعوى الشفعة ايضاً ان كان المصالح عليه او المصالح عنه عقاراً

فلو وجد في بدل الصلح عيباً قديماً كان له ان يرده ويعود الى دعواه سواء كان الرد بقضاء او برضي وسواء كان العيب يسيراً او فاحشاً وان تعذر الرد لاجل هلاك البدل او لاجل زيادته او نقصانه في يد المدعي فانه يرجع على المدعى عليه بحصة العيب فان كان الصلح عن اقرار رجع بحصة العيب علي المدعى عليه في المدعى وان كان عن انكار رجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان اقام بينة او حلفه فنكل استحق حصة العيب منه وان حلف فلا شيء عليه (تكملة عن المبسوط والسراج)

اما في الشفعة فيلزم الشفيع مثل البدل الاخر لو مثلياً او قيمته لو قيمياً وان كان الصلح عن اقرار عن دار بدار تجب الشفعة فيهما لان كلاً منهما عوض عن الثاني (رد محتار) وهذا الصلح يفسده جهالة المصالح عليه او المصالح عنه ان كان يحتاج الى تسليمه والا فلا وتشترط القدرة على تسليم البدل فلا يصح الصلح على عبده الآبق وطيره في الهواء وسمكه في البحر وجذعه في السقف وذراع من ثوب تضره القسمة لانه لا يقدر على تسليمه بدون ضرر ويفسد ايضاً بجهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلاً (تكملة)

ولو استحق كل المصالح عنه او بعضه فيسترد من بدل الصلح بقدر المستحق كلاً او بعضاً ولو استحق بدل الصلح كله او بعضه فللمدعي ان يطالب المدعى عليه بقدره من المصالح عنه كلاً او بعضاً . مثلاً لو ادعى واحد على اخر داراً فاقر له بها المدعى عليه ثم صالحه على ان يعطيه كذا دراهم صار كأن المدعي باع تلك الدار من المدعى عليه ويجري في هذا الصلح احكام البيع على ما ذكر آنفاً

فلو ادعى زيد داراً في يد عمرو فاقر عمرو وصالح زيداً على ٠ ٠ ١ ائة درهم فصارت المائة في يد زيد والدار في يد عمرو ثم استحق نصف الدار او كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهماً في الاولى وبمائة في الثانية (مجمع الانهر) اما لو استحقت المائة درهم او نصفها من زيد فانه يرجع على عمرو بمائة درهم في الصورة الاولى و بخمسين في الصورة الثانية لان هذا الصلح بمعنى المعاوضة ومقتضى المعاوضة انه اذا استحق الثمن ان مثلياً رجع بمثله وان قيمياً فبقيمته ولا يفسد العقد فالصلح يجري على هذا (رد محتار) . وفي الخانية رجل ادعى نصف دار في يد انسان فصالحه الذي في يده على دراهم مسماة دفعها اليه ثم استحق نصف الدار هل يرجع المدعى عليه على المدعي بشيء من بدل الصلح فهو على وجهين اما ان كان المدعي يدعي نصف الدار شائعاً او يدعي نصفاً معيناً فان ادعى نصفاً شائعاً فهو على وجوه ثلاثة اما اذا قال المدعي النصف لي والنصف للمدعى عليه او يقول النصف لي ولا ادري النصف الاخر لمن او قال النصف لي والنصف الاخر لفلان غير المدعى عليه فان قال النصف لي والنصف للمدعى عليه رجع المدعى عليه بنصف البدل لانه لو استحق كل الدار رجع بكل البدل فاذا استحق النصف يرجع بنصف البدل ولو قال النصف لي ولا ادري النصف الاخر لمن او قال النصف لي ثم سكت ثم استحق نصف الدار شائعاً لا يرجع المدعى عليه على المدعي بشيء من البدل لانه ما اقر بالنصف الاخر للمدعى عليه فلا يرجع بشيء كما لو ادعى حقاً في دار فصالحه المدعى عليه ثم استحق شيء من الدار فان المدعى عليه لا يرجع على المدعي بشيء وان كان المدعي قد قال النصف لي والنصف الاخر لفلان غير المدعى عليه فلا يرجع المدعى عليه بشيء من البدل لان قوله النصف الاخر لفلان

باطل لانه اقرار بما في يد الغير فلا يصح اقراره فيصير كانه قال النصف لي وسكت وان كان المدعي ادعى نصفاً معيناً فصالحه المدعى عليه ثم استحق النصف الذي كان يدعيه المدعي رجع المدعى عليه بجميع البدل على المدعي وان استحق النصف الاخر لا يرجع بشيء وان استحق نصف شائع من الدار رجع المدعى عليه بنصف البدل على المدعي اعتباراً للبعض بالكل اه

﴿ المادة ١٥٤٩ ﴾ ان وقع الصلح عن اقرار على المنفعة عن دعوى المال فهو في حكم الاجارة

وكذا لو وقع عن منفعة بمال او بمنفعة من جنس آخر كخدمة عبد في سكنى دار بخلاف ما اذا اتحد الجنس كما اذا صالح عن سكنى دار على سكنى دار او الخدمة بالخدمة او الركوب بالركوب فانه لا يجوز بيع المنفعة بالمنفعة مع اتحاد الجنس كما لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح (تكملة)

وتجري فيه احكام الاجارة

فيشترط فيه التوقيت ان احتيج اليه كما في سكنى الدار والا فلا كصبغ ثوب مما تعلم فيه المنفعة بالتسمية او بالاشارة كنقل هذا الطعام الى محل كذا فالمدار على العلم بالمنفعة كما مر في كتاب الاجارات و يبطل الصلح بموت احدهما و بهلاك المحل في المدة (تنوير) اي لو مات احد المتصالحين عن مال على منفعة في المدة او هلك المحل الذي قامت به تلك المنفعة بطل الصلح لانه اجارة وهي تبطل بذلك ان كانت في كل المدة وان كان في بعضها فبقدره من حين الموت او الهلاك و يرجع المدعي بقدر ما لم يستوف من المنفعة (تكملة) وفي الخانية لو رهن متاعاً بمائة درهم وقيمة الرهن مائتا درهم ثم قال المرتهن هلك الرهن وقال الراهن لم يهلك فاصطلحا على ان يرد المرتهن عليه خمسين درهماً وابرأه عن الباقي كان باطلاً في قول ابي يوسف لان هذا صلح عن الزيادة على الدين والزيادة عليه امانة فيكون بمنزلة المودع اذا ادعى هلاك الوديعة وانكر صاحبها فاصطلحا على شيء كان باطلاً وكذا الجواب اذا ادعى المرتهن رد الرهن على الراهن وانكر الراهن ولو ان الراهن ادعى عليه الاستهلاك فلم يقر المرتهن ولم ينكر واصطلحا على شيء جاز الصلح اه

مثلاً لو صالح واحد آخر عن دعوى روضة يدعيها على ان يسكن داره مدة كذا فكأنه قد استاجر تلك الدار بالروضة على المدة المعينة

ولو اختصم رجلان في حائط فاصطلحا على ان يكون اصله لاحدهما وللاخر موضع جذوعه او ان يبني عليه حائطاً معلوماً ويجعل جذوعاً معلومة لا يجوز ، كذا في محيط السرخسي . واذا اختصم رجلان في حائط فاصطلحا على ان يهدماه وكان مخوفاً وان يبنياه على ان لاحدهما ثلثه وللاخر ثلثيه والنفقة عليهما على قدر ذلك وعلى ان يحملا عليه من الجذوع بقدر ذلك فهو جائز ، كذا في الحاوي ، اذا كان لانسان نخلة في ملكه تخرج سعفها الى دار جاره فاراد الجار قطع السعف فصالحه رب النخلة على دراهم مسماة على ان يترك النخلة فان ذلك لا يجوز وان وقع الصلح على القطع فان اعطى صاحب النخلة دراهم لجاره ليقطع كان جائزاً وان اعطى الجار دراهم لصاحب النخلة ليقطع كان باطلاً اه عن التكملة

❊ المادة ١٥٥٠ ❊ الصلح عن انكار او عن سكوت هو في حق المدعي معاوضة

لانه يزعم ان ما اخذه كان عوضاً عما يدعيه (مجمع الانهر) فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم اذا تفرقا قبل القبض (تكملة)

وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة

اذ لولا الصلح لبقي النزاع ولزم اليمين

فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه

اما الاول فلأن المدعي ياخذ العقار عوضاً عن المال الذي ادعاه فكان الصلح في زعمه معاوضة فيؤاخذ بزعمه واما الثاني فلأن المدعى عليه يزعم انه يستبقي الدار المصالح عنها على ملكه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعي نفسه لا انه يشتريها فلا تجب فيها الشفعة لكن للشفيع بهذه الصورة ان يقوم مقام المدعي فيدلي بحجته اي فيتوصل الشفيع بحجة المدعي الى اثبات الدعوى على المدعى عليه المنكر او الساكت فان كان للمدعي بينة اقامها الشفيع على المدعى عليه واخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين ان الصلح كان في معنى البيع وكذا لو لم يكن له بينة تحلف المدعى عليه

فتكل (در مختار) وفي الخانية ادعيا ارضاً في يد رجل بالارث من ابيهما فجحد ذو اليد فصالحه احدهما على مائة لم يشاركه الاخر لان الصلح معاوضة في زعم المدعي فداء يمين في زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك ، وفي رواية يشاركه اه

ولو استحق كل المصالح عنه او بعضه يرد المدعي الى المدعى عليه من بدل الصلح بقدر ما استحق كلاً او بعضاً و يخاصم المستحق اذا شاء

وذلك لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومة المدعي عن نفسه و يبقى المدعى في يده بلا خصومة احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده و يظهر ان المدعي لم يكن له ان يخاصم المدعى عليه بل يرد له حصة ما استحق و يخاصم المستحق ان شاء (درر ملخصاً) ولكن لو ادعى حقاً مجهولاً في دار فصالحه المدعي عليه عنه ثم استحق بعض الدار فلا يرجع المدعى عليه بشيء (بحر) لانه يجوز ان تكون دعوى المدعي في ما بقي بيد المدعى عليه وان قلّ

ولو استحق بدل الصلح كلاً او بعضاً يرجع المدعي الى دعواه بقدر ما استحق

اي في كل المدعي ان استحق كل العوض وفي ربعه ان استحق ربعه لان المبدل في الصلح عن انكار هو الدعوى فاذا استحق البدل وهو المصالح عليه رجع بالمبدل وهو الدعوى الا اذا كان البدل مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح كما اذا ادعى عليه الفاً فصالحه على مائة وقبضها فانه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الاقرار او قبله كما لو وجدها ستوقة او نبهرجة بخلاف ما اذا كان غير جنس كالدنانير هنا اذا استحقت بعد الافتراق فان الصلح يبطل وان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح (رد محتار)

فروع : لا يصح الصلح بعد حلف المدعى عليه و به جزم في السراجية وهو الصحيح كما في معين المفتي وحاشية الحموي وذلك لان اليمين بدل المدعى فاذا حلفه فقد استوفي البدل فلا يصح الصلح (تكملة) . لو برهن المدعي بعد الصلح عن انكار على اصل الدعوى لم يقبل منه لان بالصلح قد ابرأ المدعى عليه من الدعوى فسقط توجهها عليه والساقط

لا يعود ولكن لو صالح الاب او الوصي عن مال اليتيم او عن بعضه عن انكار ثم وجد البينة فانها تقبل ولو بلغ الصبي فاقامها تقبل ايضاً ولكن لو طلب يمين المدعى عليه فلا يحلف (اشباه)٠ اقام المدعى عليه بينة بعد الصلح عن انكار ان المدعي قال قبل الصلح ليس لي قبل فلان حق فالصلح ماض على الصحة ولو برهن المدعى عليه ان المدعي قال بعد الصلح ما كان لي قبل المدعي عليه حق بطل الصلح (تنوير) لان المدعي باقراره هذا زعم انه اخذ بدل الصلح بغير حق بخلاف اقراره قبل الصلح لجواز ان يكون المدعي ملك المدعى به بعد اقراره الصادر قبل الصلح٠ ادعى انه استعار دابة فلان وهلكت عنده فانكر المالك الاعارة واراد التضمين فصالحه مدعي العارية على مال ثم اقام بينة على العارية قبلت بينته وبطل الصلح (تكملة)

﴿ المادة ١٥٥١ ﴾ لو ادعى واحد مالاً معينا كالروضة مثلاً وصالح على مقدار منها وابرأ المدعى عليه عن دعوى باقيها فيكون قد اخذ بعض حقه وترك باقيه اي اسقط حق دعواه في باقيه

اعلم انه اذا ادعى عيناً كدار مثلاً في يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهو على وجهين : ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز فلا تسمع الدعوى بعده باتفاق الروايات لان هذا الصلح معاوضة باعتبار جانب المدعي فكانه باع ما ادعى بما اخذ، وان وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التي وقعت عليها الدعوى فلا يصح هذا الصلح الا بزيادة شيء في البدل او يلحق به الابراء عن دعوى الباقي (تنوير) ووجه عدم الصحة ان ما ياخذه المدعي من عين حقه والصلح اذا كان على بعض العين المدعي به كان استيفاء لبعض الحق واسقاطاً للبعض والاسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين ولهذا يصح الصلح على بعض الدين كما ياتي في المادة الاتية

الفصل الثاني

في الصلح عن الدين وسائر الحقوق

﴿المادة ١٥٥٢﴾ اذا صالح واحد عن دينه الذي هو في ذمة آخر على مقدار منه فيكون قد استوفى بعضه واسقط الباقي . يعني ابرأ ذمة المديون منه

والاصل فيه ان الصلح اذا وقع على جنس الحق يعتبر استيفاء البعض واسقاط البعض . وفي التنوير وشرحه للعلائي الصلح الواقع على جنس ماله عليه من دين او غصب اخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة للربا فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن الف حال على مائة حالة او على الف موجل وعن الف جياد على مائة زيوف ولا يصح عن دراهم على دنانير موجلة لاختلاف الجنس فكان صريفاً فلم يجز نسيئة اه . وفي التكملة الصلح على اكثر من مهر المثل جائز ولو طلقها بعد الدخول او ماتت لا يجوز الا على قدر مهر المثل لانه يصير بمنزلة الدين ولم يبق له حكم المهر فلا تجوز الزيادة فيه ولو صالح امرأته عن نفقتها سنة على حيوان او ثوب سمى جنسه جاز موجلاً او حالاً بخلاف مالو صالحها بعد الفرض او بعد تراضيهما على النفقة فانه لا يجوز . ولو صالحت زوجها عن نفقتها ما دامت زوجة له على مال لايجوز اه . وفيها ادعى داراً والفاً فصالحه على الف ثم برهن على الدار ونصف الالف لم يكن له من ذلك شيء ولو اقام البينة على الف درهم ونصف الدار كانت الالف قضاء بالالف ويأخذ نصف الدار ولو استحقت الدار من يد المدعى عليه لم يرجع من الالف بشيء لان المدعي يقول الالف التي قبضت عن التي ادعيت ووجه عدم كون البدل عن الجميع ان الشرا الواحد لم ينتظم الاسقاط ولو اعطاه ثوباً عن جميع حقه فهو صلح بالجميع اه

﴿المادة ١٥٥٣﴾ اذا صالح واحد على تأجيل دينه المعجل من اي نوع كان فيكون قد اسقط حق تعجيله

وصح الصلح ولكن لو صالح عن دراهم حالة على دنانير موجلة فلا يصح سواء كان

عن اقرار او عن انكار لان بدل الصلح غير مستحق بعقد المداينة فلم يمكن حمله عَلَى مجرد التاجيل فحمل على المعاوضة ضرورة والحال ان بيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يصح (مجمع الانهر)

وفي الدرر والغرر وصح الصلح عن الف حال عَلَى الف موَّجل لا عن الف موَّجل على نصفه حالاً لان المعجل غير مستحق بعقد المداينة اذ المستحق به هو الموَّجل والمعجل خير منه فقد وقع الصلح على ما لم يكن مستحقاً بعقد المداينة فصار معاوضة والاجل كان حق المديون وقد تركه بازاء ما حطه عنه من الدين فكان اعتياضاً عن الاجل وهو حرام اه

﴿ المادة ١٥٥٤ ﴾ اذا صالح واحد عن دينه الذي هو سكة خالصة على ان ياخذ عوضاً عنه سكة مغشوشة فانه يكون قد اسقط حقه باستيفاء دينه سكة خالصة

ويصح الصلح بهذه الصورة وكذا يصح ايضاً لو صالح عن الف جياد على مائة زيوف باسقاط فضل واسقاط وصف الجودة معاً ولا يشترط قبض البدل في هذه الصورة لكونه مداينة لا معاوضة (مجمع الانهر)

﴿ المادة ١٥٥٥ ﴾ يصح الصلح باعطاء البدل لاجل الخلاص من اليمين في دعوى الحقوق كدعوي حق الشرب والشفعة والمرور

وحق وضع الجذوع على الاصح والاصل انه متى توجهت اليمين نحو شخص في اي حق كان فافتدى اليمين بدارهم جاز (در مختار) الا في مسالة وهي اذا ادعى المستودع الهلاك فصالح المودع على دراهم فالصلح باطل اذا لا نزاع (اشباه) راجع شرح المادة ١٥٤٩ والمستفاد من قوله لاجل الخلاص من اليمين انه لو حلف فلا يصح الصلح بعد ذلك وقد نص عليه في واقعات المفتين

ولكن لا يصح الصلح عن نفس هذه الحقوق كلها لانها حقوق مجردة لا يجوز الاعتياض عنها لانه لا يجوز بيع الشرب وحق المرور ولا بيع الشفعة ووضع الجذوع فان صالح عنها تسقط الدعوى ولا يلزم البدل (تكملة) والآن قدمنا عنها في شرح المادة ١٥٤٦ انه لو ادعى ممراً في دار او مسيلاً عَلَى سطح او شرباً في نهر فاقر او انكر

ثم صالحه على شيء معلوم جاز فتأمل، ونص على الجواز في الخانية، وعلى ما يظهر انه لا تناقض بين الكلامين لان الجواز فيما لو ادعى رقبة الطريق او المسيل وعدم الجواز فيما لو ادعى حق المرور او حق التسييل لان بيع رقبة الطريق جائز فيجوز الصلح عنها بخلاف بيع حق المرور فانه لا يجوز قصداً فلا يجوز ايضاً الصلح عنه

فروع : رجل اشترى داراً فادعى رجل شقصاً فيها وطلب الشفعة بالباقي فصالحه المشتري على ان ياخذ المدعي نصف الدار بنصف الثمن على ان يبرئه عن الباقي جاز (خانية)٠ وفيها رجل اشترى ارضاً فسلم الشفيع الشفعة ثم جحد الشفيع التسليم فصالحه على ان اعطاه نصف الارض بنصف الثمن جاز و يكون بيعاً مبتداء و كذا لو مات الشفيع بعد الطلب فصالحت ورثته المشتري على نصف الدار بنصف الثمن جاز و يكون بيعاً مبتداء ولو مات المشتري فصالح ورثته الشفيع على ان يعطوه نصف الدار بنصف الثمن جاز و يكون اخذاً بالشفعة لا بيعاً مبتداء لان الشفعة تبطل بموت الشفيع لا بموت المشتري اهـ٠ اذا صالح الفقير امرأته على نفقة كثيرة في الشهر لم يلزمه الا نفقة مثلها كذا في المبسوط ولو صالح عن نفقة المحارم ثم ادعى الاعسار صدق و بطل الصلح (تاترخانية) واذا صالح الرجل بعض محارمه على النفقة وهو فقير لم يجبر على اعطائه ان اقروا انه محتاج فان لم يعرف حاله وادعى انه فقير فالقول قوله و يبطل عنه ما صالح عليه الا ان تقوم بينة انه موسر فيقضى بالصلح عليه ونفقة الولد الصغير كنفقة الزوجة من حيث ان اليسار ليس بشرط لوجوبها فالصلح فيه يكون ماضياً وان كان الوالد محتاجاً فان كان صالح على اكثر من نفقتهم بما يتغابن الناس فيه يبطل الفضل عنه و كذا الصلح في الكسوة للحاجة والمعتبر فيه الكفاية كالنفقة ولو صالح رجل اخاه وهو صحيح بالغ على دراهم مسماة لنفقته وكسوته كل شهر لم يجز ذلك ولم يجبر عليه كذا في المبسوط اهـ ملخصاً عن التكملة

تنبيه : يجوز الصلح عن الابراء من كل عيب لان الابراء عن العيب بلا بدل صحيح فكذلك معه لو سمى عيباً معلوماً لانه اسقاط الحق ولو قال اشتريت مثلاً العيوب بكذا لم يصح (طحطاوي)

الباب الرابع

في احكام الصلح والابراء ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في المسائل المتعلقة باحكام الصلح

﴿ المادة ١٥٥٦ ﴾ اذا تم الصلح فليس لواحد فقط من الفريقين الرجوع عنه

سواء كان الصلح عن اقرار او انكار او سكوت حتى لو ادعى عليه شيئاً فانكر فصالحه على شيء ثم اقر المدعى عليه لا يلزمه ما اقر به وكذا لو برهن المدعي بعد صلحه لا يقبل (تكملة) لان الصلح عقد لازم ليس لاحدهما نقضه الا في مسائل الاولى ادعى عليه مالاً فصالحه ثم ظهر ان لا شيء عليه بطل الصلح فللمدعى عليه فسخه (اشباه) الثانية ضاع الحمل مع الاجير المشترك فصالح صاحبه على شيء ثم وجد الحمل فلصاحبه اخذه وللاجير ابطال الصلح (حامدية) الثالثة ادعى عيباً في شيء اشتراه وانكر البائع فتصالحا على مال على ان يبرىء المشتري البائع من العيب ثم ظهر انه لم يكن عيب او كان ولكنه قد زال فللبائع ان ينقض الصلح ويسترد البدل (تنوير ودرر) الرابعة اذا صالح الولي عن دعوى الصغير لانه لم يجد بينة وعلم ان المدعى عليه سيحلف ثم وجد بينة او وجدها الصغير بعد بلوغه فله ان يقيمها ويبطل الصلح (تكملة). اما لو صالح بشرط ان فلاناً يكفل بدل الصلح فامتنع فلان من الكفالة فالصلح باطل وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١٢ مارت ٣١٣ (ج.م. عدد ٩٦٧) ولكن لو صالح الورثة احدهم وخرج من بينهم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلاً في الصلح المذكور فيه قولان اشهرهما لا (تنوير) وفي الخانية انه المعتمد وفي البزازية انه الاصح وايده في رد المحتار والحامدية بابحاث وجيهة. ولو صالح احد الورثة عن تركة مورثه ثم ظهر في التركة دين فان كان الصلح وقع عن الاعيان فقط دون الديون فلا يفسد وان وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهراً وقت الصلح (تكملة)

ويملك المدعي بالصلح بدله ولا يبقى له حق في الدعوى وليس المدعى عليه ايضاً ان يسترد بدل الصلح منه

❊ المادة ١٥٥٧ ❊ اذا مات احد الفريقين فليس لورثته فسخ صلحه

لان الوارث قائم مقام المورث وحيث لم يكن للمورث ان يفسخ الصلح الواقع بتراضي الطرفين فليس لوارثه فسخه الا اذا ظهر فساد الصلح او بطلانه

❊ المادة ١٥٥٨ ❊ اذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللفريقين فسخه واقالته اذا تراضيا على ذلك. وان لم يكن في معنى المعاوضة بل كان متضمناً اسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه اصلاً. راجع المادة ٥١

والفرق بينهما ان المعاوضة تصح الاقالة فيها فينتقض الصلح بنقضها بخلاف ما لو كان الصلح بمعنى استيفاء البعض واسقاط البعض حيث لا تصح اقالته ولا نقضه لان الساقط لا يعود راجع المادة ٥١

❊ المادة ١٥٥٩ ❊ اذا عقد الصلح على اعطاء بدل للخلاص من اليمين فيكون المدعي قد اسقط دعواه وحق خصومته ولا يحلف المدعى عليه بعد ذلك

❊ المادة ١٥٦٠ ❊ اذا تلف بدل الصلح كله او بعضه قبل ان يسلم الى المدعي فان كان مما يتعين بالتعيين فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق فيطلب المدعي كل المصالح عنه او بعضه من المدعى عليه في الصلح الواقع عن اقرار ويرجع المدعي الى دعواه في الصلح الواقع عن انكار او سكوت (راجع المادتين ١٥٤٨ و ١٥٥٠) وان كان بدل الصلح ديناً اي مما لا يتعين بالتعيين ككذا غرشاً فلا يأتي على الصلح خلل ويلزم المدعى عليه ان يعطي المدعي مثل المقدار الذي تلف

مثال ذلك ادعى داراً في يد رجل فصالحه عَلَى فرس وهلك الفرس في يد المدعى عليه قبل تسليمه للمدعي فان كان الصلح عن اقرار فللمدعي ان يطلب الدار كلها من المدعى عليه وان كان عن انكار او سكوت فالمدعي يرجع الى دعواه لبطلان الصلح بهلاك عوضه قبل القبض لان هذا الصلح في معنى البيع وهلاك البدل في البيع يبطله فكذا هنا اما لو صالح عن الدار على دراهم معلومة فهلكت قبل تسليمها للمدعي فلا يبطل الصلح بل يلزم المدعى عليه مثل هذه الدراهم للمدعي لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسخ فلا يتعلق بهما العقد عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلها في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك راجع المادة ٢٤٣

تتمة : وفي الخانية دار في يد ورثة ادعى رجل فيها حقاً و بعض الورثة حاضر وبعضهم غائب فصالح المدعي الحاضر منهم على شيء مسمى عن جميع حقه جاز ذلك و يكون متبرعاً في هذا الصلح في حصة شركائه وان كان صالح على ان يكون حق المدعي للوارث الحاضر خاصة دون غيره فهو جائز ايضاً لان هذا الوارث يتملك حق المدعي بهذا العقد ثم يقوم مقام المدعي في اثبات حقه ان اثبت سلم له وان لم يقدر على اثباته بطل الصلح في حصة الشركا و يرجع على المدعي بحصة ذلك من البدل كما لو اشترى عبداً من رجل هو غصب في يد اخر ان اثبت المشتري ملك نفسه عند الغاصب سلم له وان عجز يرجع على البائع بالثمن اه. وفيها رجل ادعى عَلَى رجل الفاً فانكر فاصطلحا على ان يحلف المدعى عليه وانه ان حلف فهو بري فحلف المدعى عليه فالصلح باطل والمدعي على دعواه ان اقام البينة قبلت ويقضى له وان لم يكن له بينة واراد ان يستحلف المدعى عليه عند القاضي كان له ذلك لان اليمين الاولى كانت عند غير القاضي فلا تقطع الخصومة وان قال الطالب للمطلوب انت بريء من دعواي هذه عَلَى ان تحلف ما لي قبلك شيء فحلف لا يبرأ لانه علق البراءة بالخطر وهو باطل اه

الفصل الثاني

في المسائل المتعلقة باحكام الابراء

﴿ المادة ١٥٦١ ﴾ اذا قال واحد ليس لي مع فلان دعوى ولا



نزاع او ليس لي عند فلان حق او فرغت من دعواي مع فلان او تركتها او ما بقي لي عنده حق او استوفيت حقي من فلان بالتمام فيكون قد ابرأه

وكذا قوله لا خصومة لي قبل فلان او هو بري من حقي او لا تعلق لي عليه او لا استحق عليه شيئاً او ابراته من حقي او مما لي عليه فان كل ذلك من صور الابراء العام كما في رد المحتار عن الشرنبلالي . وفيه لو قال برئت عن هذه الدار او عن خصومتي فيها او عن دعواها فلا تسمع دعواه ولا بينته واما لو قال ابرأتك عنها او عن خصومتي فيها فانه باطل وله ان يخاصم كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فانه يبرا ولو قال ابرأتك لا لانه انما ابراه عن ضمانه كما في الاشباه قلت ففرقوا بين ابرأتك و برئت او انا بريء لاضافة البراءة الى نفسه فتعم بخلاف ابراتك لانه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما في حاشيتها معزياً للولوالجية . وفي البحر الابراء ان كان على وجه الانشا فان كان عن العين بطل من حيث الدعوى فله الدعوى بها على المخاطب وغيره ويصح من حيث نفي الضمان وان كان عن دعواها فان اضاف الابراء الى المخاطب كابرا لك عن هذه الدار او عن خصومتي فيها او عن دعواي فيها لا تسمع على المخاطب وان اضافه الى نفسه كقوله برئت عنها او انا بريء فلا تسمع مطلقاً . هذا لو على طريق الخصوص اي عين مخصوص فلو على العموم فله الدعوى على المخاطب وغيره كما لو تباراً الزوجان عن جميع الدعاوى وله اعيان قائمة له الدعوى بها لانه ينصرف الى الديون لا الاعيان واما اذا كان على وجه الاخبار كقوله هو بريء مما لي قبله فهو صحيح متناول للعين والدين فلا تسمع الدعوى وكذا لا ملك لي في هذه العين ذكره في المبسوط والمحيط فعلم ان قوله لا استحق قبله حقاً ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين اهـ. ولكن ذكر في تنقيح الحامدية ان قوله ولو تباراً الزوجان عن جميع الدعاوى الخ محمول على حصول الابراء بصفة خاصة كقوله ابراتها من جميع الدعاوى مما لي عليها فيختص بالديون فقط لكونه مقيداً بما له عليها ولو بقي على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط وكافي الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من ابرأ ابراءً عاماً اهـ

﴿المادة ١٥٦٢﴾ اذا ابرأ واحد آخر من حق سقط ذلك الحق ولا يبقى له ان يدعي به . راجع المادة ٥١

هذا اذا كان الحق مما يسقط بالاسقاط كالدين وحق المرور وحق الشفعة اما اذا كان مما لا يسقط بالاسقاط فلا يسقط بالابراء كما لو ابراه عن حقه بالرجوع في الهبة او عن خيار الرؤية قبل رؤيته المبيع او اسقط استحقاقه من غلة الوقف او التولية والسكنى فكل ذلك باطل (تكملة) . ولو اقر المدعى عليه بالدين بعد الابراء منه فاقراره باطل نعم لو ادعى ديناً بسبب حادث بعد الابراء العام وانه اقر به يلزمه (در مختار) . وانما قيد بكون الاقرار بالدين لان اقراره بالعين بعد الابراء العام صحيح مع انه يبرا من الاعيان في الابراء العام كما في الاشباه (رد محتار) وفيه برهن انه ابرأني عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعي ثانياً انه اقر لي بالمال بعد ابرائي فلو قال المدعي عليه ابرأني وقبلت الابراو قال صدقته فيه لا تسمع دعوى الاقرار واو لم يقل ذلك تسمع لاحتمال الرد والابراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه بخلاف قبوله اذ لا يرتد بالرد بعده ولو ادعى مالاً فقال المدعى عليه انك ابرأتني من هذه الدعوى فقال المدعي انك اقررت بالمال بعد الابراء لا تسمع دعوى الاقرار وان قال انك اقررت به بعد دعواك اقراري بالابراء فتسمع اهـ . وان لم تسمع الدعوى لا يحلف المدعى عليه لان اليمين فرع الدعوى الا ان يدعي عدم صحة الاقرار بان قال كنت مكرهاً في اقراري او كذبت فيه فانه يحلف المقر له (حموي) . وفي جامع الفصولين ابرأه عن جميع الدعاوى فادعى عليه مالاً بالارث فلو مات مورثه قبل ابرائه لا تسمع دعواه وان لم يعلم هو بموت مورثه عند ابرائه اهـ . وفي الحامدية الابن اذا اشهد على نفسه انه قبض من وصيه جميع تركة ابيه ولم يبق له منها لا قليل ولا كثير الا استوفاه ثم ادعى داراً في يد الوصي وقال هذه من تركة والدي تركها ميراثاً لي ولم اقبضها فهو على حجته وتقبل بينته كما نص عليه في احكام الصغار معزياً للمنتقى وكذا في جامع الفصولين وادب الاوصيا والخانية والعتابية وممن نص عليه ابن الشحنة في شرح الوهبانية وذكر الجواب عن مخالفة هذا الفرع لما اطبقوا عليه من عدم سماع الدعوى بعد الابراء بان الظاهر انه استحسان ووجهه ان الابن لا يعرف ما تركه ابوه على وجه التفصيل غالباً فاستحسنوا سماع دعواه ولهذا جعل صاحب الاشباه المسالة مستثناة من ذلك العموم الذي اطبقوا عليه ، وهذا بخلاف اقرار بعض الورثة بقبض ميراثه من بقية الورثة وابرائه لهم فانه لا تسمع دعواه خلافاً لما افتى به الخير الرملي ، فالحاصل الفرق بين اقرار الابن للوصي و بين اقرار بعض الورثة للبعض ووجه الفرق بينهما ان الوصي هو الذي يتصرف في مال اليتيم بلا

اطلاع، فيعذر اذا بلغ وافر بالاستيفاء منه لجهله بخلاف بقية الورثة فانهم لا تصرف لهم في ماله ولا في شيء من التركة الا باطلاع وصيه القائم مقامه فلا يعذر بالتناقض اهـ. وفيها لا يصح تعليق الابراء بالشرط لانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط و يكون معتبراً بالتمليكات فلا يجوز تعليقه ويستثنى ما اذا علقه بكائن كقوله ان كانت الشمس طالعة فانت بريء من الدين لقولهم ان التعليق به تنجيز اهـ. وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر وان قال من له عليَّ آخر الف درهم ادِّ غداً نصفه عَلَى انك بريء من باقيه ففعل من عليه الالف بريء من النصف الباقي بالاتفاق وان لم يؤدِّ غداً فلا يبرأ عند الطرفين خلافاً لابي يوسف. وهذه المسالة على وجوه: الاول ما ذكر والثاني ان يقول صالحتك على نصفه عَلَى انك ان لم تدفع غداً النصف، فالالف عليك فانه لا يبرا اذا لم يدفع اجماعاً يعني ان قبل وادى اليه النصف في الغد برىء عن الباقي والا فالكل عليه اجماعاً، والثالث ان يقول ابرأتك من نصفه عَلَى ان تعطيني نصفه غداً فانه يبرا من نصفه اعطى نصفه في الغد او لم يعط لان الدائن اطلق البراءة في اول كلامه ثم ذكر الاداء الذي لا يصلح عوضاً فبقي احتمال كون الاداء شرطاً وهو مشكوك هنا لكونه مذكوراً مؤخراً عن البراءة فلم يتحقق كونه شرطاً فبقيت البراءة على الاطلاق فيصير الاداء غير مفيد في حق البراءة بخلاف الاداء في الصورة الاولى لكونه مقيداً في البراءة لذكره في اول الكلام وبهذا التقرير اتضح الفرق بين الصورتين، والرابع ان يقول ادِّ اليَّ نصفه على انك بريء من باقيه ولم يوقت للاداء وقتاً فانه يصح الابراء بالاجماع ولا يعود الدين فانه ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتاً لا يكون الاداء غرضاً صحيحاً لان الاداء واجب على المديون في مطلق الازمان فلم يتقيد الابراء فحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح. الخامس ان يقول ان اديت اليَّ نصفه فانت بريء او اذا اديت او متى اديت اليَّ نصفه فانت بريء فانه لا يصح الابراء وان ادى نصفه لانه تعليق بالشرط صريحاً والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك اهـ. السادس ان يقول لمديونه ان حملت هذا الى منزلي فانت بري فانه يصح و يحمل على الاجارة (واقعات المفتين)

﴿المادة ٥٦٣﴾ الابراء لا يشمل ما بعده، يعني اذا ابرأ واحد آخر فانما تسقط حقوقه التي كانت قبل الابراء وله ان يدعي بحقوقه الحادثة بعد الابراء

ولهذا قال في الخانية لو ابرأه من كل حق ودعوى ثم ادعى عليه كفالة بالدرك تسمع دعواه اه٠ صورته اشترى رجل شيئاً فضمن له آخر الدرك اي ضمن له الثمن اذا ظهر المبيع مستحقاً ثم قال المشتري للضامن ابرأتك من كل حق لي قبلك لا يدخل الدرك فلو استحق المبيع كان للمشتري الرجوع بالثمن على الضامن لانه لم يكن له وقت الابراء حق الرجوع بالثمن لانه يتوقف على وجود الاستحقاق ثم على القضاء للمشتري على البائع بالثمن فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل وحيث لم يثبت ذلك الحق في الحال لم يدخل في الابراء المذكور (رد محتار)٠ وفي الحامدية وان ادعى بعد الابراء حقاً واقام بينة فان ارخ وكان التاريخ قبل البراءة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وان كان التاريخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يؤرخ بل ابهم ابهاماً فالقياس ان تسمع دعواه ويحمل ذلك على حق واجب له بعد البراءة، وفي الاستحسان لا تسمع دعواه اه٠ وفي الخانية ولو كان على رجل صكان كل صك بالف وتاريخ الصكين مختلف وفي يد المطلوب براءة عن الف درهم في صك وبراءة عن خمسمائة في صك اخر فقال المطلوب كان لك علي الف درهم وقد اخذت مني الفاً وخمسمائة وقال الطالب كان لي عليك الفان ولم اقبض منك شيئاً فان المطلوب يبرأ عن الف وخمسمائة ويرجع الطالب عليه بخمسمائة تمام الدين اه

﴿ المادة ١٥٦٤ ﴾ اذا ابرأ واحد آخر من دعوى متعلقة بامر كان ذلك ابراء خاصاً فلا تسمع بعد ذلك دعواه التي تتعلق بذلك الامر ولكن له ان يدعي بما يتعلق بغير ذلك الامر من الحقوق٠ مثلاً اذا ابرأ خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه بتلك الدار بعد الابراء ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالاراضي والضياع وسائر الامور

وكذا لو قال ابرأته من دين كذا يكون بريئاً من هذا الدين فقط ومثله لو قال ابرأته مما لي عليه فيبرأ عن كل دين دون العين (حامدية عن الشرنبلالي)

﴿ المادة ١٥٦٥ ﴾ اذا قال واحد ابرأت فلاناً من جميع الدعاوى او ليس لي عنده حق ابداً كان ذلك ابراء عاماً فليس له ان يدعي بحق

قبل الابراء حتى لو ادعى حقاً من جهة الكفالة لا تسمع دعواه كما لو ادعى على آخر بقوله كنت قبل الابراء كفيلاً عن فلان او انت كنت لمن ابرأته كفيلاً فان دعواه لا تسمع . انظر الى المادة ٦٦٢

اي ليس له ان يدعي ذلك بالاصالة اما لو ابرأه من جميع الدعاوى ثم ادعى عليه شيئاً بوصاية او وكالة فتسمع دعواه كما سيأتي في المادة ١٦٤٩ . وفي الحامدية اذا اقر الرجل بانه لا حق له قبل فلان دخل تحت البراءة كل حق هو مال او ليس بمال كالكفالة بالنفس والقصاص وحد القذف وماهو دين بدل عما هو مال كالثمن والاجرة او وجب بدلاً عما ليس بمال كالمهر وارش الجناية وما هو مضمون كالمغصوب او امانة كالوديعة والعارية وانما دخلت تحت البراءة الحقوق كلها لان قوله لا حق لي نكرة في موضع النفي والنكرة في موضع النفي تعم وقوله قبل فلان لا يخص الامانات لان قبل كما تستعمل في الامانات تستعمل في المضمونات ايضاً وقد قالوا ليس في البراآت كلمة اعم واجمع من هذه الكلمة لانها توجب البراءة عن الامانات والمضمونات وعما هو مال وما ليس بمال ، وهذا بخلاف ما لو قال لا حق لي عند فلان فان قوله هذا يتناول الامانات ولا يتناول المضمون لان عند تستعمل في الامانات دون المضمونات ، وبخلاف قوله لا حق لي على فلان فانه يتناول المضمون دون الامانة . ولو اقر ان فلاناً بريء قبله ولم يقل من جميع حقي ثم قال انه بريء من بعض الحقوق دون البعض لا يصدق ويكون بريئاً من الحقوق كلها اه ملخصاً

تنبيه : الابراء عن الاعيان باطل ، وقيده في البحر بما اذا كان على وجه الانشاء فان كان على وجه الاخبار كقوله هو بريء مما لي قبله فهو صحيح متناول للعين والدين فلا تسمع الدعوى ، وكذا اذا قال لا ملك لي في هذه العين (تكملة)

﴿ المادة ١٥٦٦ ﴾ اذا باع واحد مالاً وقبض ثمنه وابرأ المشتري من كل دعوى تتعلق بالمبيع وابرأه المشتري ايضاً من كل دعوى تتعلق بالثمن وتعاطيا بينهما سنداً على هذا الوجه ثم ظهر للمبيع مستحق وضبطه فلا يكون للابراء تأثير ويسترد المشتري من البائع الثمن الذي كان اعطاه اياه . انظر الى المادة ٥٢

اي لو اراد المشتري الرجوع على البائع بالثمن الذي دفعه له ذلك ولا يضره الابراء العام الذي صدر منهُ لانه لما انتقض عقد البيع بالاستحقاق انتقض الابراء الذي في ضمنه لكونهم صرحوا بانه اذا بطل المتضمن بطل المتضمن. وقد افتى علي افندي شيخ الاسلام في فتاواه المشهورة ببطلان الابراء الواقع ضمن الصلح اذا بطل الصلح بظهور دين عَلَى الميت اه. والحيلة حتى لا يبطل الابراء فيما لو بطل العقد الذي تضمنه ان يسطر الابراء العام في وثيقة العقد بلفظ يدل عَلَى الاستئناف بان يقر الخصم بعد العقد و يقول ابرأته ابراء عاماً مستأنفاً او غير داخل تحت العقد (خيرية)

﴿ المادة ١٥٦٧ ﴾ يلزم ان يكون المبرأ معلوماً ومعيناً فلو قال ابرأت جميع مديونيّ او ليس لي عند احد حق فلا يصح ابراؤه اما لو قال ابرأت اهالي المحلة الفلانية و كان اهالي تلك المحلة معينين ومعدودين فيصح الابراء

ولكن الابراء عن الحقوق المجهولة جائز (علي افندي عن خزانة المفتين). وفي الحامدية الابراء لشخص مجهول لا يصح وان لمعلوم يصح ولو عن مجهول فقوله قبضت تركة مورثي كلها او كل من لي عليه شيء او دين فهو بري ليس ابراء عاماً ولا خاصاً بل هو اقرار مجرد ولا يمنع من الدعوى. وفي العمادية قال ذو اليد ليس هذا لي او ليس ملكي او لا حق لي فيه اونحو ذلك ولا منازع له حينئذٍ ثم ادعاه واحد فقال ذو اليد هو لي فالقول له لأن الاقرار المجهول باطل والتناقض انما يمنع من الدعوى اذا تضمن ابطال حق على احد اه. ولو كان ثمة منازع كان اقراراً له في رواية الجامع الصغير وفي رواية الاصل لا. ولو قال ذلك الخارج لا تسمع دعواه ذلك الشيء بعده للتناقض (درر). وفي التكملة عن الشرنبلالي اذا اقر الوارث انه استوفى دين والده فلا يمنع هذا الاقرار دعواه بدين لمورثه على خصم له لانه اقرار غير صحيح لعدم ابرائه شخصاً معيناً او قبيلة معينة وهم يحصون وهذا بخلاف الاباحة لكل من ياكل ثمرة بستانه فانه يجوز و به يفتى اه

﴿ المادة ١٥٦٨ ﴾ لا يتوقف الابراء على القبول

لانه اسقاط والاسقاط لا يتوقف على القبول ولكن يستثنى من ذلك الابراء في بدل الصرف والسلم فانه يتوقف على القبول كما في الاشباه

ولكن يرتد بالرد فاذا ابرأ واحد آخر فلا يشترط قبوله ولكن اذا رد الابراء في ذلك المجلس بقوله لا اقبل ارتد ذلك الابراء، يعني فلا يبقى له حكم

مفاده انه يشترط ان يكون الرد في مجلس الابراء فلورده بعد التفرق لا يصح الرد ويبقى الابراء نافذاً وعليه فتكون لفظة في المجلس الواردة في متن المادة قيداً احترازياً

ولكن لو رد الابراء بعدقبوله فلا يرتد. وايضاً اذا ابرأ المحال له المحال عليه او ابراء الدائن الكفيل وردّا الابراء فلا يرتد

لان ابراء المحال عليه والكفيل اسقاط محض لاشيء فيه من معنى التمليك والاسقاط المحض لا يرتد وكذا اذا قال المديون للدائن ابرائني فابرأه لم يرتد بالرد (اشباه)

﴿ المادة ١٥٦٩ ﴾ يصح ابراء الميت من دينه

وكذا لو كفل بما على الميت من الدين بشرط براءة ذمته فانهُ يصح (خانية) وهي الحيلة في قسمة تركة الميت اذا كان عليه دين راجع شرح المادة ١١٦١ . وهل يرتد الابراء برد الوارث؟ على قول ابي يوسف نعم، وعلى قول محمد لا

﴿ المادة ١٥٧٠ ﴾ اذا ابرأ في مرض الموت احد ورثته من دينه فلا يصح الابراء ولا ينفذ

لان ابراء الوارث في مرض الموت وصية وهي للوارث لا تجوز مطلقاً وهذا اذا كان للميت وارث آخر ولم يجز الابراء اما لو لم يكن له وارث غير المبرأ او كان له وارث اخر ولكنه اجاز الابراء كان الابراء صحيحاً ونافذاً (تكملة) واذا لم يجز الوارث الاخر الابراء فحيلة صحته ونفوذه ان يقول المريض لم يكن لي على هذا المطلوب شيء فانه يصح قضاء الا في صورة واحدة وهي ما اذا قالت المراة في مرض موتها لا مهر لي على زوجي او لم يكن لي عليه مهر فانه لا يصح على الصحيح لظهور ان المهر عليه غالباً (تنوير وشرحه للعلائي)

واما اذا ابرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله

الا في مسألتين لا يصح فيهما ابراء المريض الاجنبي اصلاً الاولى ان يبرىء مديونه الاجنبي وهو مديون بدين مستغرق وسياتي في المادة الآتية . الثانية اذا

كان الوارث كفيلاً عن الاجنبي فلا تصح براءته لان الوارث الكفيل يبرأ بها ولو كان الاجنبي هو الكفيل عن الوارث جاز ابراؤه من الثلث (جامع الفصولين)٠ قلت وانما جاز ابراء الاجنبي عن الثلث اذا كان كفيلاً لان براءة الكفيل لا تستلزم براءة الاصيل،راجع المادتين ٦٦١ و٦٦٢ ٠وفي الحامدية لو قال المريض كنت ابرأت فلاناً من الدين الذي لي عليه في صحتي لم يجز لانه لايملك البراءة في الحال فاذا اسندها الى زمان متقدم ولا يعلم ذلك الا بقوله حكمنا بوجودها في الحال فكانت من الثلث اه

﴿المادة ١٥٧١﴾ اذا كانت تركة المريض مستغرقة بالديون فابرأ مديونه في مرض موته لا يصح ابراؤه ولا ينفذ

لان هذا الابراء وصية وقضاء الدين مقدم على الوصية

كلام في التخارج

لم تذكر في المجلة احكام التخارج مع ان مسائله كثيرة الوقوع فآثرنا تلخيصها عن معتبرات المذهب تعميماً للفائدة فنقول

التخارج لغةً من الخروج وشرعاً ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم (منح) وله شروط تذكر في اثناء الكلام٠ اخرجت الورثة احدهم او الموصى له عن التركة وهي عرض او عقار بمال اعطوه له او اخرجوه عن التركة وهي ذهب بفضة اعطوها له او علَى العكس او اخرجوه عن النقدين بالنقدين صح التخارج في الكل صرفاً للجنس بخلاف جنسه قلّ ما اعطوه او كثر لكن بشرط التقابض فيما هو صرف وفي اخراجه عن النقدين وغيرهما او عن النقدين فقط باحد النقدين لا يصح التخارج الا ان يكون ما اعطي له اكثر من حصته من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزاً عن الربا فلو كان ما اعطوه اقل او مساوياً لنصيبه او لا يعلم قدر نصيبه من الدراهم فسد الصلح ولا بد من حضور النقدين عند التخارج وعلم الخارج بقدر نصيبه ليعلم ان ما اخذه اكثر من نصيبه وان اخرجوه بعرض في هذه الصورة جاز مطلقاً لعدم الربا وكذا لو انكروا ارثه لانه حينئذ ليس ببدل بل هو قطع للمنازعة في حق المدعى عليه وفي حق المدعي اخذ لبعض حقه واسقاط للباقي لانهم بجحودهم حقه صاروا غاصبين وصار المال مضموناً عليهم وفي ذمتهم في قبيل الدين

والصلح عن الدين بجنسه صحيح بخلاف ما اذا اقروا بذلك فان المال حينئذ عين وان كان من النقدين ولا يصح الأسقاط في الاعيان فلذلك تعين ان يكون صرفاً . وان كان للتركة دين على الناس فاخرج الورثة احدهم ليكون الدين لبقيتهم بطل التخارج لان فيه تمليك الدين الذي هو حصة الخارج من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل التخارج في حصته من الدين وتعدى البطلان الى الكل لان الصفقة واحدة والعقد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل والحيلة لصحة التخارج في ذلك ان يشرطوا ابراء الغرما من نصيب الخارج من الدين لانه تمليك الدين ممن عليه الدين فيسقط قدر نصيبه على الغرما غير ان في هذا الوجه ضرراً لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرما بقدر نصيب الخارج والحيلة ايضاً ان يقضوا حصة الخارج من الدين تبرعاً ثم يصالحوا عما بقي من التركة او يقرضوا الخارج قدر حصته من الدين ثم يحيلهم بالقرض الذي اخذه منهم على الغرما وهم يقبلون الحوالة ثم يصالحوا عن غير الدين بما يصلح ان يكون بدلاً وهذا احسن الحيل والاوجه ان يبيع الورثة من الخارج كفاً من تمر او نحوه بقدر حصته من الدين ثم يحيلهم على الغرما بالثمن او يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم ياخذونه لانفسهم

وفي صحة الصلح عن تركة هي اعيان مجهولة ولا دين فيها على مكيل او موزون اختلاف والصحيح الصحة لاحتمال ان لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وعلى احتمال وجوده يحتمل ان يكون نصيب المصالح اقل من بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهو الصحيح وصححه قاضيخان قال ابن الكمال ان علم ان في التركة من جنس بدل الصلح لم يجز حتى يكون ما اخذه ازيد من حصته من ذلك الجنس ليكون الزائد في مقابلة ما يخصه من غير الجنس ويشترط القبض لانه بمنزلة البيع وبيع ما جمعهما قدر وجنس او احدهما لا يجوز نسيئة والمراد ان الصلح لا يجوز في هذه الصورة اتفاقاً بخلاف ما لو علم بان ليس في التركة من جنس بدل الصلح حيث يجوز اتفاقاً

و بطل التخارج والصلح والقسمة اذا كان على الميت دين مستغرق فاذا ظهر بعد التخارج او القسمة دين محيط بالتركة قيل للورثة اقضوه فان قضوه صحت القسمة والتخارج والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك للورثة وحيلة الصحة ان يضمن الوارث الدين بشرط ان لا يرجع على التركة او يوفى الدين من مال اخر او يضمن اجنبي الدين بشرط براءة الميت وان كان الدين غير مستغرق فالاولى

ان لا يصالح قبل قضائه ولو فعل وصالح قالوا يجوز لان التركة لا تخلو من قليل دين والدائن قد يكون غائباً فتتضرر الورثة بالتوقف على مجيئه

ولو اخرجوا واحداً من الورثة فحصته تقسم بين الباقي على السواء ان كان ما اعطوه من مالهم الخاص اي غير الميراث وان كان ما اعطوه مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم يقسم بينهم وطريقة القسمة ان تطرح سهام الخارج من التصحيح ثم تقسم باقي التركة على سهام الباقين كزوج وام وعم فصالح الزوج عن نصيبه عَلَى ما في ذمته من المهر وخرج من البين فيقسم باقي التركة بين الام والعم اثلاثاً بقدر سهامهما سهمان للام وسهم للعم وذلك لان للزوج النصف وللام الثلث والباقي وقدره السدس للعم بالعصوبة واصل المسالة ستة ثلاثة للزوج فاطرحها من التصحيح يبقى ثلاثة يعطى للام سهمان لان سهامها من قدر التصحيح سهمان ويعطى للعم سهم لان نصيبه من التصحيح سهم واحد وهذا معنى قولنا يقسم الباقي على سهام الباقين فان قلت هلاً جعلت الزوج بعد المصالحة وخروجه من البين بمنزلة المعدوم واية فائدة في جعله داخلاً في تصحيح المسألة مع انه لا ياخذ شيئاً وراء ما اخذه قلت فائدته ان لو جعلناه كأن لم يكن وجعلنا التركة ما وراء المهر لانقلب فرض الام من ثلث اصل المال الى ثلث الباقي بعد فرض الزوج اذ حينئذ يقسم المال بينهما اثلاثاً فيكون للام سهم وللعم سهمان وهو خلاف الاجماع اذ حقها ثلث الاصل واذا ادخلنا الزوج في المسألة كان للام سهمان من الستة وللعم سهم واحد ويقسم الباقي بينهما عَلَى هذه الطريقة فتكون مستوفية حقها من الميراث

الموصى له بشيء من التركة كوارث فيما قدمناه من مسألة التخارج صورته رجل اوصى لرجل بدار فترك ابناً وابنة فصالح الابن والابنة الموصى له عَلَى مائة درهم قال ابو يوسف ان كانت المائة من مالهما غير الميراث كانت الدار بينهما نصفين وان كانت من المال الذي ورثاه عن ابيهما كانت الدار بينهما اثلاثاً لان المائة كانت بينهما اثلاثاً. وذكر الخصاف في الحيل ان الصلح ان كان عن اقرار كانت الدار الموصى بها بينهما نصفين سواء كان الدفع من التركة او من غيرها وان كان عن انكار فعلى قدر الميراث وعلى هذا بعض المشايخ. وكذا الحكم في صلح احد الورثة وخروجه عن التركة ولكن بعض المتون كالتنوير عَلَى قول ابي يوسف ووجه قول الخصاف ان الابن والابنة في الاقرار يكونان مشترين فتنتصف الدار بينهما وفي الانكار مدعيين العين للتركة فتكون على قدر الانصباء اه ملخصاً عن الملتقى والدر المختار والتكملة (انتهى)

الكتاب الثالث عشر

في الاقرار ويشتمل على اربعة ابواب

الباب الاول

في بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالاقرار

﴿المادة ١٥٧٢﴾ الاقرار هو اخبار الانسان عن حق عليه لآخر ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللحق مقر به

والاقرار ثابت بالكتاب والسنة والاجماع ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل والبلوغ كما سيأتي وركنه ان يقول المقر لفلان عليّ كذا (مجمع الانهر) ولو قال له عليّ او له قبلي كذا فهو اقرار بدين لان علي للايجاب ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار اقراراً بالدين مقتضى قوله علي والثابت اقتضاء كالثابت نصاً ولفظة قبلي وان كانت تستعمل في الايجابات والامانات غلب استعمالها في الايجابات والمطلق من الكلام ينصرف الى ما هو الغالب في الاستعمال الا انه لو قال له عندي الف درهم او له قبلي الف درهم وديعة صدق لو موصولاً لان لفظ علي وقبلي يحتمل الامانات مجازاً لانه ينشأ عن الوجوب وهو متحقق في الوديعة اذ حفظها واجب ولو مفصولاً لا يصدق لتقرر الضمان بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك وقوله عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي اقرار بالامانة عملاً بالعرف (در مختار)

ولو قال رجل لاخر لي عليك الف فقال في جوابه الصدق او الحق او اليقين او نكّر كقوله حقاً او نحوه او كرر لفظ الحق والصدق كقوله الحق الحق او حقاً حقاً فكل ذلك اقرار ولو قال الحق حق او الصدق صدق او اليقين يقين لا يكون اقراراً لانه كلام تام بخلاف ما مر لانه لا يصلح للابتداء فجعل جواباً فكانه قال ادعيت الحق ولو قال لي عليك الف فقال اتزنه او انتقده او اجلني به او قضيتك اياه او ابرأتني منه او تصدقت به علي او وهبته لي او احلتك به على زيد او احل به غرماءك او من شئت او ساعطيكها او اعطيكها او اوصلتها لك او لا تاخذها مني اليوم او قال

حتى يدخل علي مالي او حتى يقدم غلامي او لم يحل بعد او قال تحل غداً او ليست بمهيأة او ميسرة اليوم او قل ما اكثر ما تتقاضى بها فكل ذلك اقرار بها لرجوع الضمير اليها في كل ذلك فكان جواباً وهذا اذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فان كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء . اما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق بل لا بد من البينة ولو قال ذلك بلا ضمير مثل اتزن او انتقد او قال نتحاسب لا يكون اقراراً لعدم انصرافه الى المذكور فكان كلاماً مبتداء والاصل ان كل ما يصلح جواباً لا ابتداء يجعل جواباً وما يصلح للابتداء لا للبنا على كلام سابق او يصلح لهما كاتزن يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك وهذا التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه اذا كان الجواب مستقلاً بالمفهومية بان يفهم معنى يحسن السكوت عليه فلو غير مستقل بان لا يتأتى فهمه الا بالنظر لما بني عليه كقوله نعم كان اقراراً مطلقاً ذكره بضمير بان يقول نعم هو علي بعد قوله لي عليك الف او لم يذكره حتى لو قال اعطني ثوب عبدي هذا او افتح لي باب داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان اقراراً منه بالعبد والدار والدابة والسرج والثوب . ولو قال لغيره اخبر فلاناً ان له علي الف درهم كان اقراراً وكذا لو قال لا تخبر فلاناً ان له علي الف درهم من حقه او لحقه كان ذلك اقراراً ولو قال اشهدوا ان لفلان عليه الف درهم كان اقراراً وان قال لا تشهدوا ان لفلان علي الف درهم لا يكون اقراراً اه ملخصاً عن الخانية والدر المختار وحاشيته الطحطاوي

ثم اعلم ان الاقرار اخبار من وجه وانشا من وجه ففي الاول يثبت الملك للمقر له مستنداً الى ماقبل الاقرار وفي الثاني يثبت له الملك مستنداً الى وقت الاقرار ويبتنى على كل من الوجهين مسائل فيتفرع على الوجه الاول وهو الاخبار فروع الاول انه يصح اقراره بمال مملوك للغير ومتى اقر لرجل بملك الغير يلزمه تسليمه الى المقر له اذا ملكه برهة من الزمان لنفاذه على نفسه ولو كان انشاء لما صح لعدم وجود الملك ، حتى لو ادعى رجل عيناً في يد غيره فشهد له رجل بها فردت شهادته لتهمة او نحوها كتفرد الشاهد ثم ملكها الشاهد يؤمر بتسليمها الى الذي شهد له ، افاده ابو السعود ، ولو اقر بوقفية دار ثم شراها او ورثها صارت وقفاً مؤاخذة له بزعمه بخلاف ما اذا غصب داراً من رجل فوقفها ثم اشتراها حيث لا يجوز وقفه والفرق ان فعل الغاصب انشاء في غير ملكه فلا يصح لان شرط صحته ملكه بخلاف الاقرار لكونه اخباراً لا انشاء . الثاني انه يصح

اقرار المأذون بعين في يده ولو كان انشاء لا يصح لانه يصير تبرعاً منه وهو ليس اهلاً له. الثالث انه يصح اقرار الرجل بنصف داره القابلة للقسمة مشاعاً ولو كان انشا لا يصح لانه يكون هبة وهبة المشاع القابل للقسمة لا يصح. الرابع ان الاقرار لا يكون سبباً للوجوب ومن ثم لا تسمع دعواه عليه بشيء معين لانه اقر له به اما لو قال في دعواه هو ملكي وقد اقر لي به فتسمع لانه لم يجعل الاقرار سبباً للوجوب (انظر المادة ١٦٢٨). الخامس اذا اقر لاجنبي بكل امواله في مرض موته صح كما سياتي في المادة ١٦٠٠ ولو كان انشاء اي تمليكاً لما صح عند عدم اجازة الورثة الا بالثلث راجع المادتين ٨٧٩ و٣٩٤. السادس ان الاقرار لا يتوقف على قول المقر له كما سياتي في المادة ١٥٨٠ ولو كان انشاء لتوقف على القبول

ويتفرع على الوجه الثاني وهو الانشاء فروع ايضاً الاول لو رد المقر له اقرار المقر ثم قبله لا يصح ولو كان اخباراً لصح ولو اعاد المقر اقراره فصدقه المقر له لزمه لانه اقرار آخر (انظر المادة ١٥٨٠ وشرحها). الثاني ان الملك الثابت بالاقرار لا يظهر في حق الزوائد سواء كانت قائمة او مستهلكة فلا يملكها المقر له ولو كان اخباراً لملكها، بيانه رجل في يده جارية وولدها فاقر ان الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد ولو كان قتله لا يضمنه بخلاف ما لو اقام المالك البينة على ان الجارية له فانه حينئذٍ يستحق اولادها والفرق انه بالبينة يستحق الجارية من الاصل ولذا قالوا ان الباعة يتراجعون فيما بينهم بخلاف الاقرار حيث لا يتراجعون اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

❊ المادة ١٥٧٣ ❊ يشترط ان يكون المقر عاقلاً بالغاً بناءً عليه لا يصح اقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة

ولو اجازه الولي، لانعدام اهلية الالتزام والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز اما اقرار السكران فجائز اذا كان سكره بطريق محظور ويصح في كل حق الا فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وان سكر بطريق مباح كشرب به مكرهاً لا يعتبر بل هو كالاغماء ومثله لو شرب مضطراً او شرب دواء او شرب ما يتخذ من الحبوب والعسل (مجمع الانهر) وفي الاشباه ان السكران بمحرم كالصاحي الا في مسائل منها الاشهاد على شهادة نفسه فانه لا يصح. الثانية تزويج الصغير والصغيرة باقل من مهر المثل او اكثر فانه لا ينعقد. الثالثة الوكيل بالبيع لو سكر فباع لم ينفذ على موكله.

الرابعة غصب من صاحٍ ورده عليه وهو سكران لم يبرأ من الضمان اه٠اما السكران بالبنج والافيون فلا يصح اقراره لعدم المعصية فانه يكون غالباً للتداوي فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الافة قصداً ينبغي ان يصح اقراره وقد اتفق مشايخ الحنفية والشافعية بوقوع طلاق من زال عقله باكل الحشيش وهو المسمى ورق القنب لفتواهم بحرمته اتفاقاً (تكملة)

ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم واوصيائهم

لانه اقرار على الغير وهو باطل ولكنه يصح اقرار الوصي اذا كان هو الذي باشر العقد كما لو آجر ارض الصغير فيصح اقراره بقبض الاجرة وسياتي في الفقرة الاخيرة من المادة ١٦٣٤

وفي الحامدية اذا اقر الوصي بدين على الميت لا يصح اقراره لكن لا يخرج به عن ان يكون خصماً للغريم فان اقام عليه الغريم بينة بالدين الذي اقر به تقبل بينته واذا قضى الوصي ديناً على الميت بلا بينة ثم كبر الصغير وانكر الدين على ابيه يضمن الوصي ما دفعه الى الغريم ان لم يكن للغريم بينة عليه ولو لم يكن للوصي بينة على ثبوت الدين فله تحليف الصغير عليه اه٠وفيها عن الجامع الكبير الاصل ان الوصي متى اقر بتصرف في مال الصغير بعد بلوغه والصغير منكر ينظر فان كان تصرفاً هو مسلط عليه من جهة الشرع فانه يصدق فيه ويقبل قوله بيمينه وان كان تصرفاً لم يكن هو مسلطاً عليه من جهة الشرع فانه لا يصدق فيه ولا يقبل قوله بدون بينة فان قال انفقت عليك مالك في صغرك والنفقة نفقة مثله في المدة وانكر الصغير صدق الوصي بيمينه لانه مسلط على الانفاق بنفقة المثل شرعاً اما لو كانت النفقة زائدة على نفقة المثل فلا يصدق الوصي في الفضل لانه ليس بمسلط عليه شرعاً اه٠ومن هذا القبيل ما لو اقر وصي الوارث الصغير انه قاسم الوارث الاخر البالغ تركة ابيه وقبض منه حصة الصغير ثم هلكت في يده بدون تعدٍ ولا تقصير ثم بلغ الصغير فادعى بحصته من التركة فلا تسمع دعواه اذا كان الوصي قد اقر بذلك حال صغر الصبي (آداب الاوصياء)

اما الصغير المميز المأذون فهو بحكم البالغ في الامور التي صحت ماذونيته فيها

والمراد بالامور التي صحت ماذونيته فيها ما كان من باب التجارة كاقراره بالبيع

وقبض الثمن احترازاً عما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطئ امراة تزوجها بغير اذن مولاه فانه لا يصح وكذا اذا اقر بجناية موجبة للمال فانه لا يلزمه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص كما في التبيين (تكملة)٠قلت وكذا اقراره بالكفالة فانه لا يصح لانه لا يملك الكفالة لكونها من التبرعات فلا يصح اقراره بها راجع المادة ٦٢٨ ٠وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولو اقر الصبي الماذون بما ورث عن ابيه او غيره صح اقراره في ظاهر الرواية لان الحجر ارتفع بالاذن فصار كالبالغ وعن الامام انه لا يصح في الارث لان الحاجة في صحة الاقرار بما معهُ للحاجة اليه في التجارة ولا حاجة في الموروث اه

﴿المادة ١٥٧٤﴾ لا يشترط ان يكون المقر له عاقلاً فلو اقر واحد بمال للصغير غير المميز صح اقراره ولزمه تسليم ذلك المال

ومثل ذلك لو اقر للرضيع بمال فانه يصح ويلزمه ذلك وان بين المقر سبباً غير صالح حقيقة كالاقراض او ثمن المبيع لان هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير في الجملة يعني لان البيع او القرض صدر من بعض اوليائه فاضافته الى الصغير مجاز

اما لو اقر بشيء للحمل فان بين المقر سبباً صالحاً يتصور للحمل كالارث والوصية فيجوز وحينئذٍ فان ولد الحمل حياً لاقل من نصف حول من حين الاقرار فله ما اقر وان ولدت امه حيين فلها نصفين ولو احدهما ذكراً والاخر انثى فكذلك في الوصية بخلاف الميراث فان فيه للذكر مثل حظ الانثيين وان لدت ميتاً فيرد المال لورثة ذلك الموصي او المورث لعدم اهلية الجنين لان الحمل لا يكون اهلاً لان يرث و يورث ويستحق الوصية الا اذا خرج اكثره حياً وان فسر المقر اقراره بما لا يتصور كهبة او بيع او اقراض او ابهم الاقرار ولم يبين سبباً بطل الاقرار ولا يلزم المقر شيٌ وحمل محمد المبهم على السبب الصالح وبه قالت الائمة الثلاثة لانه يحتمل الجواز والفساد ولان الاقرار اذا صدر من اهله مضافاً الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره من اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى محله بحمله على السبب الصالح حملاً لكلام العاقل عَلَى الصحة وقد قوى الحموي وقاضيخان قول محمد اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة ومع ذلك فلا رجح قول ابي يوسف

﴿المادة ١٥٧٥﴾ يشترط في الاقرار رضا المقر فالاقرار الواقع

بالجبر والاكراه لا يصح . انظر الى المادة ١٠٠٦

بل يكون باطلاً لان الاكراه مطلقاً يعدم الرضا والرضا شرط صحة العقد فيفسد بفواته (درر) وكذا لا يصح الاقرار تلجئة . قال في الحامدية ما خلاصته ادعى زيد على عمرو مبلغاً معلوماً من جهة القرض فقال عمرو انك ابرأتني من القرض المزبور فادعى زيد بان الابراء صدر بينهما على سبيل التلجئة وفسرها واقام بينة عليها فهل تقبل بينته ؟ الجواب نعم اذا ادعى ان ما صدر بينهما مما ذكر كان بطريق التلجئة والمواضعة وفسرها واقام بينة على طبق مدعاه تقبل بينته بطريقها الشرعي وكما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان يقول لاخر اني اقر لك في العلانية بمال وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره وان ادعى احدهما ان هذا الاقرار هزل وتلجئة وادعى الاخر انه جد فالقول لمدعي الجد وعلى الاخر البينة كما في التتارخانية اه . وفي فتاوى علي افندي عن جواهر الفتاوى واذا اخرج الاقرار مخرج التعنت لم يقض عليه بذلك اه

﴿ المادة ١٥٧٦ ﴾ يشترط ان لا يكون المقر محجوراً . انظر الى الفصل الثاني والثالث والرابع من كتاب الحجر

فاقرار المحجور بسفه او بافلاس يتوقف لبعد فك حجره (هندية)

﴿ المادة ١٥٧٧ ﴾ يشترط ان لا يكذب ظاهر الحال الاقرار

فاذا اقر الصغير بانه بالغ وكانت جثته لا تتحمل البلوغ فلا يصح اقراره ولا يعتبر

ومثل ذلك لو اقر لمن لا يولد مثله لمثله بانه ابنه اي فلا يصح اقراره لان ظاهر الحال مكذب له غير انه لو اقر للغلام بالنسب وبالمال معاً كقوله هو ابني وله في ذمتي كذا ولم يثبت النسب لما مر فيؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال اي فيحكم عليه للغلام بما اقر به وان لم يثبت النسب (در مختار) وسيأتي تمام ذلك في شرح المادة ١٥٨٦ ويشترط ايضاً ان لا يكون الاقرار بشيء محال ولهذا صرحوا بان الاقرار بشيء محال باطل كما لو قال ان فلاناً اقرضني كذا في شهر كذا وقد مات قبله او اقر له بارش يده التي قطعها ويداه صحيحتان فلا يلزمه شيء (رد محتار عن التتارخانية) ثم قال

وعلى هذا افتيت ببطلان اقرار انسان بقدر من السهام لوارث وهو ازيد من الفريضة الشرعية لكونه محالاً شرعاً كما لو مات عن ابن وبنت فاقر الابن ان التركة بينهما نصفان بالسوية فالاقرار باطل اه وبمثله افتى الخير الرملي تبعاً لابن نجيم . وفي التكملة ولا بد من كون الاقرار محالاً من كل وجه والا فقد ذكر في التتارخانية انه لو اقر ان لهذا الصغير عليَّ الف درهم قرض اقرضنيه او من ثمن مبيع باعنيه صح الاقرار مع ان الصبي ليس من اهل البيع والقرض ولا يتصور ان يكون منه لكن انما يصح باعتبار ان هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير عليه في الجملة اه راجع شرح المادة ١٥٧٤ . وفي رد المحتار عن القنية وشرح المنظومة اذا اقرت المرأة وقالت ان المهر الذي لي على زوجي هو لفلان او لوالدي فانه لا يصح و يؤخذ من هذا واقعة الفتوى ان الرجل لو اقر لزوجته بنفقة مدة ماضية هي فيها ناشزة ومن غير سبق قضا او رضى وهي معترفة بذلك فاقراره باطل لكونه محالاً شرعاً ومثل ذلك اذا اقر انه باع عبده من فلان ولم يذكر الثمن ثم جحد صح جحوده لان الاقرار بالبيع بغير ثمن باطل كما في قاضيخان اه ملخصاً

✵ المادة ١٥٧٨ ✵ يشترط ان لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة واما الجهالة اليسيرة فلا تمنع صحة الاقرار . مثلاً لو اقر واحد فقال مشيراً الى مال معين في يده ان هذا المال لرجل او قال هذا المال لاحد اهالي البلدة الفلانية ولم يكن اهالي تلك البلدة معدودين فلا يصح اقراره اما لو قال ان هذا المال لاحد هذين الرجلين او لواحد من اهالي المحلة الفلانية وكان اهل المحلة قوماً محصوراً اي عبارة عن اشخاص معدودين فيصح اقراره

ولكن لا يجبر على البيان سواء فحشت الزيادة او لا لجهالة المدعى ولانه قد يؤدي الى ابطال الحق على المستحق والقاضي انما نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله ولكن يؤمر المقر بالتذكر لانه نسي صاحب الحق (رد محتار)

وعلى هذا لو قال ان هذا المال لهذين الرجلين كان لهما اذا اتفقا ان ياخذا ذلك المال من المقر فيملكانه بعد اخذه بالاشتراك بينهما واذا اختلفا فلكل منهما ان يحلف المقر بان المال ليس له

فان نكل المقر عن يمين الاثنين كان ذلك المال كذلك مشتركاً بينهما وان نكل اليمين لاحدهما يكون ذلك المال لمن نكل له بالاستقلال وان حلف للاثنين بريء المقر من دعواهما ويبقى المال المقر به في يده

ظاهره انه يلزمه ان يحلف لكل منهما يميناً على حدة وهو المعتمد

وليس من قبيل الاقرار للمجهول قوله هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة فلان بل تكون الالف في هذه الصورة لفلان الاول وعلى المقر الف مثله للثاني لان الاقرار صح للاول وقوله لا بل وديعة فلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان مثل الالف للثاني لانه اقر له بها وقد اتلفها عليه باقراره بها للاول فيضمنها له بخلاف قوله هي لفلان لا بل لفلان بلا ذكر ايداع حيث لا يجب عليه للثاني شيء لانه لم يقر بايداعه فلم يكن مقراً بسبب الضمان بخلاف الاولى وهذا اذا كانت معينة اما لو كانت غير معينة فيلزمه ايضاً للثاني الف لانه اقر له بشيء تقبله الذمة بان كان ديناً او قرضاً وهي تقبل حقوقاً شتى كالدين والقرض ونحوهما ولو قال غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلاناً لزمه لكل واحد منهما كله وان كانت بعينها فهي للاول وعليه للثاني مثلها ولو كان المقر له واحداً يلزمه اكثرهما قدراً وافضلهما وصفاً نحو له الف درهم لا بل الفان او الف درهم جياد لا بل زيوف او عكسه فانه يلزمه في الصورة الاولى الفان وفي الصورة الثانية الف جياد ولكن هذا اذا كان المال جنساً واحداً فلو كان جنسين كقوله له عليّ الف درهم لا بل الف دينار لزمه الالفان لان الغلط لا يقع في الجنس المختلف عادةً فرجوعه عن الاول باطل والتزامه الثاني صحيح فلو قال له علي كر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكران اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة . وفيها يشترط ان يكون المقر معلوماً لان جهالته تبطل الاقرار فلو قال واحد من جماعة ولو محصورين لك على احدنا الف درهم فالاقرار باطل لجهالة المقضى عليه وصدور الاقرار من احدهم لا يعين انه هو المطالب ولا يجبر على البيان اه

الباب الثاني

في وجوه صحة الاقرار

﴿ المادة ١٥٧٩ ﴾ كما يصح الاقرار بالمعلوم كذلك يصح الاقرار بالمجهول ايضاً ولكن اذا كان المقر به مجهولاً في العقود التي لا تصح مع الجهالة كالبيع والاجارة فذلك مانع لصحة الاقرار

قال في الدرر والغرر ولو اقر بمجهول صح لان الحق قد يلزمه مجهولاً بان اتلف مالاً لايدري قيمته، وهذا لو كان ذلك التصرف تصرفاً لا يشترط لصحتهِ وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من غصب من رجل مالاً مجهولاً في كيسه او اودعه مالاً في كيسه صح الغصب والوديعة و يثبت حكمهما بخلاف ما اشترط له ذلك فان كل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح كالبيع والاجارة اه

فاذا قال واحد لفلان عندي امانة او سرقت مال فلان او غصبته صح اقراره و يجبر على تعيين الامانة المجهولة او المال المسروق او المغصوب

بما له قيمة كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لاقيمة له لا يجب في الذمة فاذا بين بغير ذلك كان رجوعاً فلا يصح وعلى هذا لو قال لفلان عليَّ حق ثم قال اردت به حق الاسلام او الجار صدق اذا اوصله وان فصله لا، وعليهِ مشى في التتارخانية،وقال العلامة المقدسي و ينبغي ان يصدق اذا فسره بحق الشفعة او التطرق ونحوه. بقي ما لو مات المقر قبل البيان قال الشرنبلالي ينبغي ان يرجع فيه للورثة ثم انه اذا اقر واحد بحق مجهول ثم فسره بمال معلوم كمائة درهم مثلاً وادعى المقر له اكثر منه فالبينة للمقر له والقول للمقر مع يمينه لانه المنكر غير انه لا يصدق في اقل من درهم فيما لو قال عليَّ مال لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهذا استحسان، وفي القياس يصدق في القليل والكثير، ولزم في قوله علي مال عظيم من الذهب او الفضة نصاب الزكاة ما بين به فضة او غيرها لان النصاب عظيم يجعل صاحبه غنياً وهذا الاصح، ولو قال له علي مال عظيم

من الابل لزمه خمسة وعشرون ابلاً لانه اول نصاب تجب فيه الزكوة من جنسه فهو عظيم من وجه دون وجه والمطلق ينصرف الى الكامل، ولو قال له علي دراهم يلزمه ثلاثة بالاجماع اعتباراً لادنى الجمع ولو قال له علي دراهم كثيرة يلزمه عشرة عند الامام لانها اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع وعندهما نصاب وهو مائتا درهم ولو قال له علي كذا درهماً يلزمه درهم لان كذا مبهم ودرهم تفسير له ولو قال علي كذا كذا درهماً او كذا كذا كذا درهماً يلزمه احد عشر لان كذا كناية عن العددين بالاضافة وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيحمل على الاقل لتيقنه ولو قال علي كذا وكذا بالعطف يلزمه واحد وعشرون درهماً لانه فصل بينهما بحرف العطف واقل ذلك من العدد والمفسر واحد وعشرون واكثره تسعة وتسعون فيحمل على الاقل ويلزمه الاول من غير بيان والزيادة تقف على بيانه ولو اقر لرجل بشركة في هذا العبد فله نصفه عند ابي يوسف لان الشركة تنبيء عن التسوية وعليه الفتوى اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة

واما لو قال بعت من فلان شيئاً او استأجرت من فلان شيئاً فلا يصح اقراره ولا يجبر على بيان ما باعه او استأجره لانه اسنده لحال منافية للضمان

وليس من شروط صحة الاقرار ان يكون المقر به مقدور التسليم فاذا اقر بجذع من سقف صح اقراره ولزمه قيمة الجذع لان الاقرار بشيء غير مقدور التسليم اقرار بقيمته (صرة الفتاوى)

﴿ المادة ١٥٨٠ ﴾ لا يتوقف الاقرار على قبول المقر له

اذا كان حاضراً اما اذا اقر لغائب فلا ينفذ اقراره الا ان يصل الخبر الى الغائب فيصدقه وللمقر الرجوع قبل ذلك (تكملة). والفرق ان سكوت الحاضر يحمل على القبول ولا يتصور ذلك عند الغائب

ولكنه يرتد برده ولا يبقى له حكم

و يعتبر الاقرار اظهاراً في حق ملكية المقر به اما في حق الرد فيعتبر تمليكاً مبتدءاً كالهبة ولهذا يبطل برد المقر له ثم ان الاقرار انما يبطل بالرد اذا كان المقر له يبطل بالرد حق نفسه خاصةً اما اذا كان يبطل حق غيره فلا يبطل رده كما اذا اقر الرجل

اني بعت هذا العبد من فلان بكذا فرد المقر له اقراره وقال ما اشتريت منك شيئاً ثم قال بعد ذلك اشتريت فقال البائع ما بعتكه لزم البائع البيع بما سمى لانه جحود للبيع بعد تمامه وجحود احد المتعاقدين لا يضر حتى ان المشتري متى قال ما اشتريت وصدقه البائع ثم قال لا بل اشتريت لا يثبت الشرا وان اقام البينة على ذلك لان الفسخ تم بجحودهما ثم في كل موضع بطل الاقرار برد المقرله لو قبل المقرله الاقرار لا يصح ولكن لو اعاد المقر ذلك الاقرار فصدقه المقر له كان للمقر له أن ياخذه باقراره وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له ذلك وجه القياس ان الاقرار الثاني عين المقر به فالتكذيب في الاول تكذيب في الثاني ووجه الاستحسان انه يحتمل انه كذبه بغير حق لغرض من الاغراض الفاسدة فانقطع عنه ذلك الغرض فرجع الى تصديقه فقد جاء الحق وزهق الباطل (حموي) ولو قبل المقر له الاقرار ثم رده لا يرتد الاقرار لان المقر به صار ملكاً للمقر له ونفي المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح ، نعم لو تصادقا على عدم الحق صح اه ملخصاً عن المختار والتكملة

واذا رد المقر بعض المقر به فلا يبقى للاقرار حكم في القدر المردود ويصح في القدر الباقي الذي لم يرده المقر له

هذا بخلاف ما لو كذب المشهود له ، شاهده في بعض ما شهد له به حيث تبطل شهادته لان التكذيب تفسيق والفسق مانع من قبول للشهادة دون الاقرار (حموي على الاشباه)

﴿ المادة ١٥٨١ ﴾ اذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الاقرار

لانه متى وقع الاختلاف في السبب يثبت المقر به ويبطل السبب وهو مقبول لان صحة الاقرار غير محتاجة الى السبب (حموي)

مثلاً لو ادعى احد الفاً من جهة القرض واقر المدعى عليه بالف من ثمن مبيع فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الاقرار

وفي الخانية رجل قال لغيره هذه الالف وديعة لك عندي فقال المقر له ليست بوديعة ولي عليك الف درهم من قرض او ثمن مبيع ثم جحد المقر الدين والوديعة واراد

المقر له ان ياخذ الوديعة قضاء عن الدين الذي يدعيه لم يكن له ذلك لان اقراره بالوديعة اولاً بطل بالرد ولو قال المقر له ليست بوديعة ولكني اقرضتكها بعينها وجحد المقر القرض كان للمقر له ان ياخذ الالف بعينها الا ان يصدقه المقر في القرض فحينئذٍ لا يكون للمقر له ان ياخذ الالف بعينها اهـ. وفيها رجل قال لغيره اخذت منك الفاً وديعة والفاً غصباً فضاعت الوديعة وهذه الالف غصب وقال المقر له لا بل هلك الغصب و بقيت الوديعة كان القول قول المقر له ياخذ هذه الالف و يغرم المقر له الفاً اخرى ولو قال المقر له بل غصبتني الالفين فالجواب كذلك. وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر لو قال المقر اخذت منك الفاً وديعة فهلكت في يدي من غير تعدٍ وقال المقر له لا اخذتها مني غصباً ضمن المقر ما اقر باخذه لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال المقر له بل اخذتها قرضاً حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا ان الاخذ حصل باذنه وهذا لا يوجب الضمان على الاخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر. ولو قال بدل اخذت اعطيتني لا يضمن المقر لانه لم يقر بما يوجب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقراً على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فالقول قوله ولو قال لاخر هذا الشيء كان لي وديعة عندك فاخذته وقال الاخر هو لي اخذه الاخر لو قائماً والا فقيمته لان المقر اقر باليد ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد عينه قائماً وقيمته لو هالكاً ثم يقيم البينة على صدق دعواه ان قدر ولو قال قبضت من فلان الفاً كانت لي عليه او اقرضته الفاً ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له فله ان ياخذها منه لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذه منه اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضا فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره والقول للمنكر. ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم لي استعنت به اي بفلان فيه وذلك كله في يد المقر وادعى فلان ذلك ملكاً له فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما لو قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم اقبضه منه لم يكن اقراراً باليد و يكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا اهـ

﴿ المادة ١٥٨٢ ﴾ طلب الصلح عن مال يعد اقراراً بذلك المال اما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يعد اقراراً بذلك المال. فاذا قال واحد لآخر لي عليك الف اعطني اياه وقال المدعى عليه صالحني عن هذا المبلغ على سبعمائة وخمسين كان قوله هذا اقراراً بالالف المطلوب ولكن لو طلب الصلح لمجرد دفع النزاع كما اذا قال صالحني عن دعوى هذا الالف على كذا فلا يكون قد اقر بالمبلغ المذكور

وطلب الابرا كطلب الصلح فطلب الابرا عن الدعوى لا يكون اقراراً بخلاف طلب الابرا عن المال فانه اقرار (تنوير) ووجهه ان الصلح عن الدعوى او الابرا عنها المقصود منه قطع النزاع فلا يفيد ثبوت الحق بخلاف طلب الصلح او الابرا عن الحق فانه يقتضي ثبوته وحينئذٍ يلزمه المدعى به (تكملة) راجع شرح المادة ١٥٧٢ ففيه بحث طويل فيما يكون اقراراً وما لا يكون

﴿ المادة ١٥٨٣ ﴾ اذا طلب واحد شراء مال هو في يد آخر او استئجاره او استعارته او قال هبني اياه او اودعني اياه او قال له الآخر خذه وديعة فقبل كان ذلك اقراراً منه بان ذلك المال ليس له

وهذا متفق عليه ولكن هل الاستشراء والاستئجار وما عطف عليهما اقرار بالملك لذي اليد او لا ؟ فيه روايتان على رواية الجامع نعم ، وعلى رواية الزيادات لا وهو الصحيح (رد محتار عن الصغرى). وفي الانقروي عن الرشيدية ينبغي ترجيحه لانه ظاهر الرواية وصحح بعضهم رواية الجامع وعليها الشروح. والظاهر من متن هذه المادة اختيار رواية الزيادات بكون الاستيام ونحوه اقراراً بان لاملك للمساوم لا بكونه اقراراً بالملك لذي اليد. وثمرة الخلاف تظهر في مسائل منها لو استام شيئاً ثم شهد به لغيره فعلى رواية الزيادات تسمع وعلى رواية الجامع لا. ومنها لو استام شيئاً ثم ادعاه بوكالة وصاية فعلى الرواية الاولى تسمع وعلى الثانية لا. وما ذكره في الانقروي رامزاً الى فش من انه لو استاجر ثوباً او استعاره ثم ادعاه لابنه الصغير يقبل مبني على رواية الزيادات. ثم انه لا فرق فيما اذا كان الاستيام ونحوه من ذي اليد او من وكيله كما في التنوير

وغيره٠ وفي الانقروي عن العتابيه والوكيل بالخصومة في عبد اذا ادعى العبد فاقام المدعى عليه بينة ان هذا الوكيل ساوم هذا العبد منه في مجلس القضا بطلت خصومة الوكيل والموكل جميعاً ولو اثبت بالبينة انه ساومه في غير مجلس القضا بطلت خصومة الوكيل دون الموكل ولو وصل العبد الى الموكل يوماً لا يؤمر بالدفع الى المدعى عليه وكذلك لو اقام المدعى عليه البينة ان الوكيل استعاره او استوهبه او استودعه منه فالجواب ما قلنا ولو وكله بالخصومة واستثنى اقراره ثم ثبتت مساومته في مجلس القضا بطلت خصومته دون خصومة الموكل اه راجع المادتين ١٥١٧ و١٥١٨ ٠ ثم اعلم ان الاستيام اقرار ضمناً لا قصداً وليس هو كالاقرار صريحاً بان العين ملك ذي اليد والتفاوت انما يظهر فيما اذا وصلت العين الى يد المقر بعد الاقرار فانه يؤمر بردها الى المقر له في فصل الاقرار الصريح ولا يؤمر في فصل المساومة، بيانه اشترى متاعاً من انسان وقبضه ثم ان ابا المشتري استحقه بالبرهان من المشتري واخذه ثم مات الاب وورثه الابن المشتري لا يؤمر برده الى البائع ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع في يد المشتري هذا بالارث ولو اقر عند البيع بانه ملك البائع ثم استحقه ابوه من يده ثم مات الاب وورثه الابن المشتري لا يرجع على البائع لانه في يده بناء على زعمه بحكم الشرا الاول لما تقرر ان القضا للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن (هندية)

وانما تكون المساومة اقراراً بالملك اذا صدرت بقوله بعني هذا او هبني او اجرني ونحوه لانه جازم بانه ملكه وقد طلب شراءه منه او هبته او اجارته اما لو قال تبيع لي هذا او اتبيع هذا او هل انت بائع هذا لا يكون اقراراً بل استفهاماً لانه يحتمل ان يقصد بذلك استظهار حاله هل يدعي الملكية وجواز البيع له او لا، ويؤيد ذلك انه لو كتب شهادته وختم عليها في صك فيه باع فلان ملكه او باع بيعاً نافذاً باتاً او باع بيعاً صحيحاً كان ذلك اقراراً منه بالملك للبائع فلا تسمع دعواه عليه كما لو شهد بالبيع عند الحاكم سواء قضي بشهادته او لا لان الشهادة من انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات اما لو كتب شهادته في صك بيع مطلق عما ذكر من قيد الملكية ومن كونه نافذاً باتاً فلا يكون اعترافاً منه بملك البائع فتسمع دعواه عليه اذ ليس في ذلك ما يدل على اقراره بالملك للبائع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولان شهادته ليست الا مجرد اخبار ولو اخبر ان فلاناً باع شيئاً كان له ان يدعيه اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

تنبيه : الاستشراء من غير المدعى عليه في كونه اقراراً انه لا ملك للمدعي نظير الاستشرا من المدعى عليه حتى لو اقام المدعى عليه بينة ان المدعي استشرى هذه العين من فلان كان دفعاً (انقروي عن الاستروشنية)

﴿ المادة ١٥٨٤ ﴾ الاقرار المعلق بالشرط باطل ولكن اذا علق بزمان صالح لحلول الاجل في عرف الناس فيحمل على الاقرار بالدين المؤجل · مثلاً لو قال لآخر اذا وصلت انا المحل الفلاني او لو قضيت انا المصلحة الفلانية فاني مديون لك بكذا كان اقراره هذا باطلاً ولا يلزمه اداء المبلغ المزبور

وكذا لو قال لفلان عليّ الف درهم فيما اعلم كان باطلاً في قول ابي حنيفة ومحمد (خانية)٠ والمراد بالشرط هنا ما كان على خطر كما تقدم وكقوله ان حلفت فلك ما ادعيت فلو حلف لا يلزمه ولو دفع بناء على انه يلزمه فله ان يسترد المدفوع كما في البحر اما لو علقه بشرط كائن كأن مت بضم التاء فلك عليّ الف درهم صح الاقرار وعليه الالف عاش او مات، نص عليه في الخانية وعلله في التكملة بان هذا ليس تعليقاً حقيقة بل مراده ان يشهدهم لتبرأ ذمته بعد موته ان جحد الورثة ، ثم قال والحاصل ان التعليق على ثلاثة اقسام اما ان يصل اقراره بان شاء الله فانه باطل عند محمد (وعليه المتون) واما ان يصله بان شاء فلان ونحوه مما هو تعليق على خطر فهو تعليق ويبطل به الاقرار اتفاقاً واما ان يعلقه بكائن لا محالة كأن متُّ فلا يبطل الاقرار اه٠ وفيه لو قال وجدت في كتابي اي دفتري انه علي كذا لفلان فهو باطل وقال جماعة من ائمة بلخ انه يلزمه لانه لا يكتب في دفتره الا ما عليه صيانةً للناس وللبناء على العادة الظاهرة اه٠ وفيه ايضاً اقر بشيء عَلَى انه بالخيار ثلاثة ايام لزمه بلا خيار لان الاقرار اخبار فلا يقبل الخيار وان صدقه المقر له في الخيار لم يعتبر تصديقه الا اذا اقر بدين لزمه بسبب عقد وانه وقع بالخيار له فيصح باعتبار العقد ان برهن او صدقه المقر له واذا انكر المقر له فالقول قوله ولو اقر بدين بسبب كفالته على انه بالخيار مدة قصيرة كانت او طويلة فانه يصح اذا صدقه المقر له لان الكفالة عقد ايضاً

ولكن اذا قال ان اتى ابتداء الشهر الفلاني او يوم قاسم فاني مديون

لك بكذا فانه يحمل على الاقرار بالدين المؤجل و يلزمه حينئذٍ اداء ذلك المبلغ عند حلول ذلك الوقت · راجع المادة ٤٠

وكذا لو قال لك علي الف ان جاء الاضحى او افطر الناس وهذا استحسان ويجب على قياس ما ذكر قبل هذا ان يكون الاقرار باطلاً لانه اقرار معلق بالشرط والاقرار المعلق بالشرط باطل لكن ترك القياس في هذه الفصول لعرف الناس فانه في العرف لا يراد بهذا التعليق الاقرار بالشرط وانما يراد به الاخبار عن محل الاجل فان راس الشهر والفطر والاضحى آجال عند الناس فتترك حقيقة الكلام في هذه الفصول للعرف

﴿ المادة ١٥٨٥ ﴾ الاقرار بالمشاع صحيح فاذا اقر واحد لاخر بحصة شائعة كالنصف او الثلث في عقار هو في يده وصدقه المقر له ثم توفى المقر قبل الافراز والتسليم فلا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة هذا الاقرار

قولهم وصدقه المقر له قيد اتفاقي لان الاقرار لا يتوقف على القبول كما مر في المادة ١٥٨٠ وربما احترز به عن الرد لانه اذا رد المقر له الاقرار ارتد برده · وفي الحامدية شخص اقر ان لزيد في هذا القصب المزروع النصف وعلى المقر القيام بمصالحه الى حين الكبر ثم في السنة الثانية اخلف القصب ونبت قصب اخر فادعى زيد نصفهُ بمقتضى الاقرار السابق فقال المقر انما كان اقراري بالقصب الاول خاصة فالمقر له يستحق النصف في الاصل والفرع اه · وفيها جماعة اقروا في حصتهم بان لا حق لهم مع فلانة وفلانة الاختين في ثلثي غراس البستان المعلوم المشتمل على اشجار فواكه وز يتون مثمرة حين الاشهاد فالاقرار صحيح وثلثا الاشجار وثمرها للاختين لان من اقر بشجرة عليها ثمر كانت الشجرة بثمرها للمقر له كما في الخانية اه

﴿ المادة ١٥٨٦ ﴾ اقرار الاخرس باشارته المعهودة معتبر اما اقرار الناطق باشارته فلا عبرة له · مثلاً لو قال واحد للناطق هل لفلان عليك كذا دراهم فخفض رأسه فلا يكون اقر بذلك الحق

اما معتقل اللسان فقد استوفينا الكلام عليه في شرح المادة ٧٠ فراجعه

تتمة : لم تذكر في المجلة احكام الاقرار بالنسب مع انها مهمة فاثرنا تلخيصها عن الكتب الفقهية المعول عليها تعميماً للفائدة فتقول :

لو اقر رجل لغلام انه ابنه يصح بثلاثة شروط الاول ان يكون الغلام مجهول النسب في مولده او في بلدهو فيها ٠ الثاني ان يكونا في السن بحيث يولد مثل هذا الغلام لمثل هذا المقر بان يكون المقر اكبر منه باثنتي عشرة سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف ٠ الثالث ان يصدقه الغلام لو كان مميزاً والا لم يحتج الى تصديقه لانه في يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر تصديقه بخلاف المميز لانه في يد نفسه فان اجتمعت هذه الشروط صح الاقرار وثبت نسب الغلام ولو كان المقر مريضاً وان انتفى احد هذه الشروط بطل الاقرار ٠ و يصح ايضاً اقرار الرجل بالوالدين بالشروط الثلاثة المذكورة وهو المشهور و يصح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وخلو المقر عن اربع نساء سواها وعن كل امرأة لا يحل جمعها معها في عقد كاختها وخالتها وعمتها وصح اقرار المرأة بالوالدين والزوج وبالولد ان شهدت امرأة ولو قابلة بتعيين الولد او صدقها الزوج ان كان لها زوج وهذه الشروط لصحة الاقرار بالنسب لئلا يكون تحميلاً عَلَى الزوج فلو فقد شرط صح اقرارها على نفسها فيرثها الولد وترثه ان صدقها ولا بد من تصديق هؤلاء المقر لهم للمقر الا في الولد اذا كان غير مميز كما مر وصح التصديق من المقر له بعد موت المقر لبقاء النسب بعد الموت الا تصديق الزوج بعد موت الامرأة فانه لا يصح لانقطاع النكاح بموته

ولو اقر رجل بنسب فيه تحميل على غيره كالاخ والعم والجد وابن الابن اذا كان في حياة ابنه لا يصح الاقرار في حق غيره الا ببرهان او تصديق المقر عليه اذا كان من اهل التصديق بان كان عاقلاً بالغاً ولكن يصح الاقرار و ينفذ في حق المقر حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادق المقر والمقر له عَلَى ذلك الاقرار لان اقرارهما حجة عليهما فان لم يكن لهذا المقر وارث غير المقر له ورثه والا لا لانه لم يثبت نسبه فلا يزاحم الوارث المعروف والمراد بالوارث الذي يمنع المقر له من الارث غير الزوجين لان وجودهما غير مانع وللمقر بنسب عَلَى الغير ان يرجع عن اقراره وان صدقه المقر عليه لانه وصية من وجه، نص عليه الزيلعي وصاحب البدائع ٠ ومن مات ابوه فاقر باخ شاركه في الارث فيستحق نصف نصيب المقر ولم يثبت

نسبه لما تقرر من ان اقراره مقبول في حق نفسه فقط ولو اقر الاخ بابن من اخيه الميت صح اقراره فيرث الابن دون الاخ اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة

الباب الثالث

في احكام الاقرار ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في الاحكام العمومية

﴿ المادة ١٥٨٧ ﴾ يلزم الرجل باقراره بموجب المادة التاسعة والسبعين

ولو لم يكن الاقرار مطابقاً لنفس الامر حتى لو اقر المشروط له ريع الوقف او بعضه انه اي ريع الوقف يستحقه فلان دونه صح وسقط حقه ولو كان كتاب الوقف بخلافه اما لو قال جعلت الريع لفلان او اسقطته له لا يصح لان هذا ليس باقرار (در مختار)

ولكن اذا كذبه حكم الحاكم فلا يبقى لاقراره حكم. وعلى هذا لو ظهر مستحق وادعى ما في يد آخر من مال اشتراه وعند المحاكمة قال ذو اليد هذا كان مال فلان باعني اياه ثم اثبت المستحق دعواه وحكم له الحاكم بذلك فان ذا اليد يرجع على البائع بثمن المبيع و يسترده منه لانه اذا كان قد اقر حين المحاكمة بان ذلك المبيع مال البائع وانكر دعوى المستحق فان اقراره كذب بحكم الحاكم ولم يبق له حكم فلا يكون مانعاً من الرجوع

ومن هذا القبيل لو ادعى المشتري الشراء بالف والبائع بالفين واقام البائع البينة فان الشفيع ياخذ المبيع بالفين لان القاضي كذب المشتري في اقراره والمقر اذا كذب شرعاً بطل اقراره (هندية). وكذا اذا اشترى شيئاً ثم باعه من آخر فجاء المشتري الثاني يرده عليه بعيب قديم فانكر المشتري الاول وجود العيب فاثبته المشتري الثاني وحكم به القاضي كان للمشتري الاول ان يرد المبيع على بائعه ولا يمنعه اقراره السابق

بان لا عيب فيه لان حكم الحاكم كذبه فبطل اقراره (رد محتار)٠ وكذا لو اشترى شيئاً فاستحق من يده ورجع على البائع بالثمن ثم وصل المبيع الى المشتري بوجه من الوجوه لا يؤمر بتسليمه الى البائع ولكن لو اشترى شيئاً وقد اقر انه ملك البائع ثم استحق عليه ورجع عَلَى البائع بالثمن ثم وصل اليه بوجه من الوجوه فانه يؤمر بتسليمه الى البائع (خانية)٠ وكذا لو كان لرجل عَلَى اخر الف ثمن فرس والف ثمن ناقة فقضى الفاً ثم قال ما قضيته هو ثمن الفرس وقال رب الدين هو ثمن الناقة وحلف المديون على ذلك اذ القول قوله (انظر مادة ١٧٧٥) فلرب الدين ان يستوفي منه ثمن الناقة وان كان قد اقر بقبضه لان الشرع لما جعل القول للمديون بيمينه فاذا حلف فقد جعل الشرع ذلك الالف ثمن الفرس وعليه صار رب الدين مكذباً شرعاً فبطل اقراره (انقروي)

﴿ المادة ١٥٨٨ ﴾ لا يصح الرجوع عن الاقرار في حقوق العباد فاذا قال لفلان عليَّ كذا ديناً ثم رجع عن اقراره فلا يعتبر رجوعه ويلزم باقراره

ومن هذا القبيل لو قال رجل غصبنا الفاً من فلان ثم قال كنا عشرة انفس مثلاً وادعى المغصوب منه انه هو وحده غصبها لزمه الالف كلها لان هذا الضمير يستعمل في الواحد والظاهر انه يخبر بفعله دون غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعاً فلا يصح نعم لو قال غصبناه كلنا لزمه عشر الالف لان كلنا لا تستعمل في الواحد ومنه لو قال رجل اوصى ابي بثلث ماله لزيد بل لعمرو بل لبكر فالثلث للاول وليس لغيره شيء لان نفاذ الوصية من الثلث وقد اقر به للاول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني او للثالث بها اه عن التنوير٠ وفيه لو اقر بشيء ثم ادعى الخطاء لم يقبل اه٠ وفي الملتقى وشرحه مجمع الانهر لو قال غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو اي الشيء لزيد وعلى المقر قيمته لعمرو لان قوله من زيد اقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو اقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو ولو قال عليَّ لفلان كر حنطة لا بل كر شعير لزماه ولو قال لفلان عليَّ الف درهم لا بل لفلان يلزمه المالان ولو قال له عليَّ الف لا بل خمسمائة لزمه الالف والاصل في ذلك ان لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد اذا كان المقر له اثنين فان كان واحداً او الجنس واحد لزم اكثر المالين اه٠ ولو اقر رجل لاخر بدابة في اصطبل تلزمه الدابة فقط بخلاف ما لو اقر بتمر في قوصرة او بطعام في جوالق او في سفينة او

ثوب في منديل فانه يلزمه في كل ذلك الظرف كالمظروف ٠ والاصل ان ما يصلح ظرفاً
فان امكن نقله لزماه والا لزم المظروف فقط خلافاً لمحمد ٠ ولو اقر بخاتم تلزمه حلقته وفصه
ولو اقر بسيف يلزمه جفنه اي غمده وحمائله ونصله اه عن التنوير وشرحه للعلائي

تتمة : لم تذكر في المجلة احكام الاستثناء من الاقرار فاردنا تفصيلها تعميماً
للفائدة فنقول ٠ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا اي المستثنى باعتبار الحاصل من مجموع
التركيب ونفي واثبات باعتبار الاجزاء اللفظية فالقائل له علي عشرة الا ثلاثة له
عبارتان ، مطولة وهي ما قلنا ، ومختصرة وهي ان يقول ابتداء له علي سبعة وهذا معنى
قولهم تكلم بالباقي بعد الثنيا ٠ وشرط الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه الا لضرورة كنفس
وسعال او اخذ فم وبه يفتى والنداء بينهما لا يضر لانه للتنبيه والتاكيد كقوله لك
علي الف درهم يا فلان الا عشرة بخلاف لك علي الف فاشهدوا الا كذا ونحوه مما يعد
فاصلاً لان الاشهاد يكون بعد تمام الاقرار فلم يصح الاستثناء لانه لو استثنى منفصلا
عن اقراره لا يصح اذ انه يؤدي الى الرجوع عن اقرار والرجوع عنه غير جائز كما
مرّ واذا تقرر هذا فاعلم ان من استثنى بعض ما اقر به صح استثناؤه لو متصلاً
باقراره ولزمه الباقي ولو كان مما لا يقسم كهذا العبد لفلان الا ثلثه او ثلثيه فانه
صحيح على المذهب كما يصح تكرار الاستثناء كقوله له علي عشرة الا سبعة الا خمسة الا
ثلاثة الا درهماً وطريقه ان تخرج الاخير وهو الدرهم مما يليه يبقى درهمان ثم
تخرجهما مما بينهما وهو الخمسة يبقى ثلاثة فاخرجها من السبعة يبقى اربعة فاخرجها
من العشرة يبقى ستة ٠ والاستثناء المستغرق اي استثناء الكل باطل لما تقرر من
انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعاً والرجوع عن الاقرار
باطل موصولاً كان الاقرار او مفصولاً فيبطل الاستثناء ولو فيما يقبل الرجوع
كالوصية وعلله في الدر المختار بان استثناء الكل ليس برجوع بل استثناء فاسد على
الصحيح ٠ ولكن هذا فيما اذا كان الاستثناء بعين لفظ الصدر كنسائي طوالق الا نسائي او
مساوية كنسائي طوالق الا زوجاتي او كعبيدي احرار الا مماليكي اما اذا كان
بغيرهما كعبيدي احرار الا هؤلاء او الا سالماً وراشداً وغانماً وهم الكل صح الاستثناء
وكذا ثلث مالي لزيد الا الفاً والثلث الف فانه يصح ولا يستحق المقر له شيئاً اذ
الشرط ايهام البقاء لا حقيقته وذلك بحسب صورة اللفظ لان الاستثناء منصرف
لفظي فلا يضر اهمال المعنى وان اقر بشيئين واستثنى احدهما او احدهما وبعض

الآخر بطل استثناؤه كما لو قال له علي كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير فالاستثناء كر وقفيز باطل عند الامام خلافاً لهما وله ان استثناء الكر باطل اجماعاً لكونه مستغرقاً كما مر فكان لغواً فصار قاطعاً للكلام الاول فيكون الاستثناء منقطعاً وانما صورنا المسالة بتقديم الكر لانه لو قدم القفيز بان قال الا قفيز شعير وكر حنطة يصح استثناء القفيز اتفاقاً لعدم الفاصل كما صح استثناء الكيلي والوزني والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس والجوز من الدراهم والدنانير كما لو قال له علي الف درهم الا اردب قمح فانه يصح استحساناً خلافاً لمحمد ويكون المستثنى قيمة الاردب لثبوت هذه المذكورات في الذمة لانها مقدرات وهي جنس واحد معنى وان كانت اجناساً صورة فكانت كالثمنين وهذا الاستثناء صحيح وان استغرقت قيمة المستثنى جميع ما اقر به لاستغراقه بغير لفظ الصدر او مساويه كما مر بخلاف له علي دينار الا مائة درهم فانه باطل لاستغراقه بالمساوي فيكون استثناء للكل ولو استثنى من الدراهم شاة او ثوباً بطل اتفاقاً لان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى . واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجاً نحو له علي الف درهم الامائة درهم او خمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح لان الالف متيقنة الثبوت والخمسون متحققة الخروج وتمام المائة مشكوك في خروجه والمتيقن ثبوته لا يبطل في المشكوك بخروجه وهو تمام المائة بالمتيقن خروجه وهو خمسون واذا كان المستثنى مجهولاً ثبت الاكثر نحو له علي مائة درهم الا شيئاً اوالا قليلاً او الا بعضاً لزمه واحد وخمسون لوقوع الشك في المخرج فيحكم بخروج الاقل وهوما دون النصف لان استثناء الشيء استثناء الاقل عرفاً فاوجبنا النصف وزيادة درهم لان ادنى ما تحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم وصح استثناء البيت من الدار لانه جزء من اجزائها فيصح استثناء الجزء من الكل كالثلث او الربع ولا يصح استثناء البناء من الدار او البيت لدخوله تبعاً فكان وصفاً واستثناء الوصف لا يجوز فلو اقر بدار واستثنى بناءها كانت الدار والبنا للمقر له وان قال بناؤها لي وعرصتها لك فكما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البنا فصار كأنه قال بياض هذه الارض دون البنا لفلان بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان حيث يكون البنا للمقر له ايضاً لان الارض كالدار فيتبعها البنا اما لو قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو فكما قال لانه لما اقر بالبنا لزيد صار ملكاً له فلا يجوز ان

يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسألة الاولى لان البنا مملوك له فاذا اقر بالارض لغيره يتبعها البنا لان اقراره مقبول في حق نفسه وحاصله ان الدار والارض اسم لما وضع عليه البناء لا اسم للارض والبناء لكن البنا يدخل تبعاً في البيع والاقرار والعرصة اسم للارض خالية عن البنا فلا يدخل فيها البنا لا اصلاً ولا تبعاً والاصل ان الدعوى لنفسه لا تمنع الاقرار لغيره والاقرار لغيره يمنع الدعوى لنفسه والاقرار لشخص آخر واذا علم هذا فاعلم انه اذا اقر بالدار لشخص فقد اقر بالارض التي ادير عليها البنا ولفظ الدار لا يشمل البنا لكنهُ يدخل تبعاً فكان بمنزلة الوصف والاستثناء امر لفظي لا يعمل الا فيما يتناوله اللفظ فلا يصح استثناؤهُ للبنا لانه لم يتناوله لفظ الدار بل انما دخل تبعاً وهذا معنى قولنا واستثناء الوصف لا يجوز بخلاف البيت فانه اسم لجزء من الدار مشتمل عَلَى الارض وبناء فيصح استثناؤه باعتبار ما فيه من الاصل وهو الارض فكان متناولاً له لفظ الدار والاستثناء اخراج لما تناوله لفظ المستثنى منه ولا يضر كون البنا جزءًا من مسمى البيت مع انه وصف من الدار لانه لم يستثنِ الوصف منفرداً بل قائماً بالاصل الذي هو الارض وتخرج جنس هذه المسائل على اصلين احدها ان الدعوى قبل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار والدعوى بعد الاقرار لبعض ما دخل تحت الاقرار لا تصح والثاني ان اقرار الانسان عَلَى نفسه جائز وعلى غيره لا يجوز . اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كان البنا والارض للمقر له لانه لما قال بناء هذه الدار لي فقد ادعى لنفسه فلما قال وارضها لفلان فقد جعل مقراً بالبنا للمقر له تبعاً للاقرار بالارض لان البنا تبع للارض الا ان الدعوى قبل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار (وهذا تفريع عَلَى الشق الاول من الاصل الاول) وان قال ارضها لي و بناؤها لفلان كانت الارض له و بناؤها لفلان لانه لما قال اولاً ارضها لي فقد ادعى الارض لنفسه وادعى البناء ايضاً لنفسه تبعاً للارض فاذا قال بعد ذلك وبناؤها لفلان فقد اقر لفلان بالبنا بعد ما ادعاه لنفسهِ والاقرار بعد الدعوى صحيح فيكون لفلان البنا دون الارض لان الارض ليست بتابعة للبنا (وهذا ايضاً تفريع عَلَى الشق الاول من الاصل الاول) و ان قال ارضها لفلان و بناؤها لي كانت الارض والبناء للمقر له بالارض لانه لما قال اولاً ارضها لفلان فقد جعل مقراً لفلان بالبنا فلما قال و بناؤها لي فقد ادعي لنفسه بعد ما اقر لغيره

والدعوى بعد الاقرار لبعض ما تناوله الاقرار لا تصح (وهذا تفريع على الشق الثاني من الاصل الاول) وان قال ارضها لفلان و بناؤها لفلان آخر كانت الارض والبنا للمقر له الاول لانه جعل مقراً للمقر له الاول بالبنا تبعاً فاذا قال بعد ذلك و بناؤها لفلان آخر فيكون مقراً على الاول لا على نفسهِ وقد ذكرنا ان اقرار المقر على غيره لا يجوز (وهذا تفريع على الاصل الثاني) وان قال بناؤها لفلان وارضها لفلان آخر كان كما قال لانه لما اقر بالبنا اولاً صح اقراره للمقر لانه اقرار على نفسه فاذا اقر بعد ذلك بالارض لغيره فقد اقر بالبنا لذلك الغير تبعاً للاقرار بالارض فيكون مقراً على غيره وهو المقر له الاول واقرار الانسان على غيره لا يجوز (وهذا ايضاً تفريع على الاصل الثاني) واستثناء فص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كالبنا فيما مر فلو قال هذا الخاتم لفلان الا فصه فلا يصح استثناؤه بخلاف ما لو قال الحلقة لفلان والفص لي فانه يصح. وفي الخانية لو قال هذه النخل باصولها لفلان والثمر لي كان الكل للمقر له ولا يصدق المقر الا بحجة اه. وان قال له علي الف درهم ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان عين العبد وصدقه المقر له في شرائه وعدم قبضه قيل للمقر له سلم العبد الى المقر وخذ ثمنه ان شئت وان لم يعين المقر العبد ولم يصدقه المقر له في عدم قبضه لزم المقر الالف ولم يعتبر قوله لم اقبضه لانه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولاً ولا مفصولاً ولو قال له علي الف درهم ولم يذكر السبب فهي كما قال على الاصح ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قرض وهي زيوف لم يصدق مطلقاً وصل او فصل لانه اقر بعقد البيع او القرض والعقد يقتضي سلامة العوضين عن العيب فدعوى الزيف رجوع والرجوع عن الاقرار باطل ولو قال له علي الف من غصب او وديعة الا انها زيوف صدق مطلقاً وصل او فصل لانه اقر بالغصب والوديعة وهما لا يقتضيان السلامة والقول للقابض ضميناً كان او اميناً وصدق بيمينه اذا قال غصبته او اودعني ثوباً وجاء بمعيب ولا بينة وذلك لما تقدم من ان الغصب والوديعة لا يقتضيان وصف السلامة اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

✻ المادة ١٥٨٩ ✻ اذا ادعى المقر انه كاذب في اقراره الذي وقع كان له ان يحلف المقر له بانه غير كاذب فيه. مثلاً اذا اعطى واحد لآخر سنداً كتب فيه اني قد استقرضت كذا دراهم من فلان ثم قال وان كنت

اعطيت هذا السند لكنني ما قبضت المبلغ المذكور فيحلف المقر له بان المقر غير كاذب في اقراره هذا

وهذا قول ابي يوسف وهو استحسان . وعندهما يؤمر المقر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعاً . وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الاخذ ثم ياخذون المال فلا يكون الاقرار دليلاً على اعتبار هذه الحالة فيحلف المقر له لانه لا يضره اليمين اذا كان صادقاً (درر) . ثم اعلم ان ما ذكر من تحليف المقر له ليس في الاقرار بالدين فقط بل في كل حق ولهذا عممه في الملتقى بقوله اقر بحق الخ . وقد ذكر في الحامدية بانه اذا اقر الاخ بانه قبض من زوج اخته ما خصه بالارث من تركتها ثم ادعى انه كان كاذباً في اقراره يحلف المقر له انه لم يكن كاذباً اه . وفيها سئل قارئ الهداية عن رجل اشترى شيئاً واقر برؤيته عند الشهود ثم بعد قبضه ادعى انه لم يكن رآه واراد رده فاجاب اذا ادعى المشتري بعد اقراره برؤية المبيع اني اقررت بذلك ولم ار المبيع وكذبه البائع حلف البائع ان اقراره بذلك كان بعد الرؤية وان حلف لم يلتفت الى انكار المشتري وان نكل فللمشتري الرد اه . وكذا ادعى وارث المقر فيحلف المقر له وان كانت الدعوى على ورثة المقر له بالعلم انا لا نعلم انه كان كاذباً (تنوير) وهذا اذا لم يكن ابراء عام فلو على المقر له ، لكن للعلامة ابن نجيم رسالة افتى فيها بلزوم اليمين على المقر له اقرت المرأة في صحتها لبنتها بمبلغ معين ثم وقع بينهما ابراء عام ثم ماتت فادعى الوصي انها كاذبة تسمع دعواه وله تحليف البنت لان الابراء هنا لا يمنع اذ ان الوصي يدعي عدم لزوم شيء بخلاف ما اذا دفع المقر المال المقر به الى المقر له فانه ليس له تحليف المقر له لانه يدعي استرجاع المال والبراءة مانعة من ذلك اما في الاولى فانه لم يدع استرجاع شيء وانما يدفع عن نفسه فافترقا (تكملة) . وفيها اقر ومات فقال ورثته انه اقر تلجئة يحلف المقر له بالله لقد اقر لك اقراراً صحيحاً اه . وفي التنوير وشرحه للعلائي اقر رجل بمال في صك واشهد عليه ثم ادعى ان بعض هذا المال قرض وبعضه ربا عليه فان اقام على ذلك بينة تقبل وان كان متناقضاً لاننا نعلم انه مضطر الى هذا الاقرار اه . ومثله في القنية وبه افتى في الحامدية والخيرية فيتعين الافتاء به لانه هو

المنقول (رد محتار). وقد افتى ابو السعود بتحليف المقر له على عدم كذب الاقرار ولو صدر الاقرار في مجلس الشرع وربطه بحجة شرعية روى ذلك حيدر افندي

ثم اعلم ان تحليف المقر له بموجب هذه المادة لا ينحصر في الدعاوى المقامة لدى المحاكم الشرعية والنظامية بل يعم الدعاوى المقامة في المحاكم التجارية ايضاً و بذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٢٧ نيسان ٣٠٨ (ج ٠ م ٠ عد ٧٥٦)

﴿المادة ١٥٩٠﴾ اذا اقر واحد لآخر بقوله لك في ذمتي كذا دراهم ديناً وقال الآخر هذا الدين ليس لي بل هو لفلان وصدقه فلان كان الدين له

بمجرد التصادق وان لم يقل اسمي عارية ولم يسلط المقر له على قبضه فكان هذا التصادق مفيداً لملك المقر له وكان المقر كالوكيل عن المقر له (تكملة)

ولكن حق قبضه للمقر له الاول بمعنى ان المديون لا يجبر على اداء المقر به الى المقر له الثاني اذا طالبه بذلك اما اذا اداه له برضاه فتبرأ ذمته منه وليس للمقر له الاول ان يطالبهُ به

وكذا لو كان في يد رجل دار فاقر انها لفلان فقال المقر له ما كانت لي قط ولكنها لفلان فهي للثاني (خانية). وهذا بخلاف ما لو قالت الامرأة المهر الذي لي على زوجي ملك فلان لا حق لي فيه وصدقها المقر له ثم ابرأت زوجها فانه يبرأ على الاظهر لعدم صحة الاقرار فيكون الابراء ملاقياً لمحله لان الاضافة هنا للمالك ظاهرة اذ ان صداقها لا يكون لغيرها فكان اقرارها هبة بلا تسليط على القبض (تكملة) وسيتضح جلياً من الفصل الاتي

تنبيه : حيث كان حق القبض للمقر له الاول فلا تسمع الدعوى بالمقر به من المقر له الثاني بل يجب ان تقام من المقر له الاول او يقيمها المقر له الثاني بالوكالة عنه وبذلك عدة قرارات من محكمة التمييز

الفصل الثاني

في نفي الملك والاسم المستعار

﴿المادة ١٥٩١﴾ اذا اضاف المقر عند اقراره المقر به الى نفسه حمل

اقراره على هبته للمقر له ولا تتم ما لم يكن هناك قبض وتسليم، وان لم يضفه الى نفسه حمل اقراره على نفي الملك عن المقر به والاقرار بكونه ملكاً للمقر له قبل الاقرار

والفرق بينهما ان اضافة المقر به الى نفسه تنافي حمله على الاقرار الذي هو اخبار لا انشاء فانه اذا قال جميع مالي او جميع ما املكه لفلان فماله او ما ملكه يمتنع ان يكون لاخر في تلك الحالة فلا يصح الاقرار واللفظ يحتمل الانشا فيحمل عليه ويكون هبة (درر)

مثلاً لو قال واحد ان جميع ما في يدي من اموالي ومتاعي هو لفلان وليس لي فيه علاقة يكون حينئذٍ قد وهب جميع امواله وامتعته لفلان ويلزم اذ ذاك تسليمها وقبضها. وان قال جميع الاموال والاشياء التي نسبت لي ما عدا ثيابي التي عليَّ هي لفلان وليس لي فيها علاقة اصلاً يكون قد نفى ملكه عن جميع الاموال والاشياء المنسوبة اليه اي التي قيل انها له ما عدا ثيابه التي عليه واقر بانها لفلان

وكذا لو قال كل ما في يدي من قليل او كثير او عبد او متاع الى فلان فهو اقرار عام (رد محتار). ولو قال له من مالي او دراهمي كذا فهو هبة ولو عبر بفي فقال له في مالي او في دراهمي كذا كان اقراراً بالشركة (در مختار). وفي الحامدية رجل قال داري هذه لولدي الاصاغر يكون باطلاً لانها هبة فاذا لم يبين الاولاد كان باطلاً وان قال هذه الدار للاصاغر من اولادي فهو اقرار وهي للثلاثة من اصغرهم لانه لم يضف الدار الى نفسه

ولكن لو ملك شيئاً بعد اقراره هذا فلا يشمله الاقرار

وان اختلفا في عين انها كانت موجودة وقت الاقرار او لا فالقول للمقر الا ان يقيم المقر له البينة انها كانت موجودة في يده وقت الاقرار (حامدية)

كذلك لو قال ان جميع ما في دكاني هذا من اموالي وامتعتي هو

لابني الكبير وليس لي فيه علاقة يكون حينئذ قدوهب جميع اشيائهواموالة التي هي في الدكان لابنه الكبير ويلزم التسليم. وان قال ان جميع هذه الاشياء والاموال التي هي في دكاني هذا هي لابني الكبير فلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد نفى الملك عن نفسه واثبته لابنه الكبير باقراره في جميع الاشياء والاموال الموجودة في ذلك الحانوت

ولا يرد عَلَى ذلك انه اضاف الدكان الى نفسه لانها اضافة نسبة لا ملك اذ انه اضاف الظرف لا المظروف المقر به فكانت الاضافة هنا كلا اضافة لاحتمال ان الدكان او البيت او الصندوق مثلاً ملك غيره والمقر به هنا ما في الدكان وهو غير مضاف اصلاً فيكون قوله ما في دكاني اقراراً لا تمليكاً لعدم وجود اضافة المقر به الى ملكه بل جعله مظروفاً فيما اضيف اليه نسبة (تكملة)

ولكن لو وضع بعد ذلك اموالاً أُخر في ذلك الدكان لا يكون اقراره هذا شاملاً لتلك الاموال. وكذلك لو قال واحد ان حانوتي الذي هو في المحل الفلاني هو لزوجتي يكون قد وهبه لها ويلزم التسليم. وان قال ان الدكان الفلاني الذي نسب لي هو لزوجتي يكون قد اقر بان ذلك الحانوت لزوجته قبل الاقرار وانه ليس بملكه

قال في الحامدية وسئل الحانوتي فيمن اشهد على نفسه جماعة ان جميع ما في منزله من الامتعة ملك زوجته فلانة ولم يحط علم الشهود وقت تحمل الشهادة بجميع ذلك ولا بشيء منه فهل اذا ادعت الزوجة او من يقوم مقامها بجميع ما ذكر على ورثة الزوج وشهد الشهود على الزوج بما اشهدهم به تقبل شهادتهم ولا تكون شهادتهم بمجهول فاجاب الشهادة صحيحة لانها على سبيل العموم اذ انها شهادة بجميع ما في المنزل والعموم من قبيل المعلوم لا من قبيل المجهول فلا تكون شهادة بمجهول ، نعم لو انكرت ورثة الزوج ان هذه الامتعة كانت في المنزل يوم الاقرار كان القول لهم لقيامهم مقامه وكان عَلَى الزوجة اثبات ذلك كما في الخانية. وفي الدر المختار اقر لاخر بعين ولم يضفه

الى نفسه لكن من المعلوم لكثير من الناس انه ملكه فهل يكون اقراراً او تمليكاً ؟ ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك اه. وانما كان تمليكاً وان لم يوجد فيه اضافة صريحاً لان فيها اضافة تقديرية والدليل عليها ان ملكه اياها معلوم للناس فالحاصل ان الاضافة الى نفسه التي تقتضي التمليك اما ان تكون صريحة او تقديرية تعلم بالقرائن كأن كان مشهوراً بين الناس انها ملكه وبهذا يظهر الجواب عن مسائل جعلوها تمليكاً ولا اضافة فيها قال الرملي اذا كان الملك ظاهراً للمقر فهو تمليك والا فهو اقرار ان وجدت قرينة وتمليك ان وجدت قرينة تدل عليه فتأمل فانا نجد في الحوادث ما يقتضيه . تكملة)

﴿ المادة ١٥٩٢ ﴾ اذا قال واحد عن الدكان المملوك الذي هو في يده بموجب سند انه ملك فلان وليس له فيه علاقة والاسم المكتوب في الوثيقة هو مستعار او قال عن دكان مملوك اشتراه من آخر انني كنت اشتريته لفلان والدراهم التي اعطيتها في ثمنه هي ماله ايضاً وانما كتب اسمي في السند على سبيل العارية يكون قد اقر بان الدكان في نفس الامر ملك ذلك الرجل

يفهم من قوله الدكان المملوك ان نفي الملك لا يجري في الارض الاميرية او في المستغلات المتصرف بها بالاجارتين لانه لما كان الاقرار انشاء من وجه والانشاء هنا يحمل على التفرغ لم يكن من الجائز ان يتم الفراغ بدون اذن المتولي وصاحب الارض ولكن اذا صدر نفي الملك باذنهما فيصح حينئذٍ

﴿ المادة ١٥٩٣ ﴾ اذا قال واحد ان الدين الذي هو في ذمة فلان بموجب سند وقدره كذا وان كان قد كتب باسمي الا انه لفلان واسمي الذي كتب في السند هو مستعار يكون قد اقر بان المبلغ المذكور هو في نفس الامر حق لذلك الرجل

وانما عد ذلك اقراراً لانه لم يضف الدين الى نفسه اما لو اضافه الى نفسه وقال

الدين الذي لي على فلان هو لفلان هل يكون اقراراً او تمليكاً ؟ قال في التنوير هو اقرار ولكن اعترضه في الدر المختار ورد المحتار بانه مخالف لما ذكره قبلاً من انه ان اضافه الى نفسه كان هبة فيلزم التسليم ولذا قال في الحاوي القدسي ولو لم يسلطه على القبض فان قال اسمي في كتاب الدين عارية صح وان لم يقله لم يصح وهو المذكور في عامة المعتبرات خلافاً للخلاصة وعلى الثاني يكون هبة وعلى الاول اقراراً وتكون اضافته الى نفسه اضافة نسبة لا ملك وانما اشترط قوله واسمي عارية ليكون قرينة على ارادة اضافة النسبة وعليه يحمل كلام التنوير ويكون اطلاقاً في محل التقييد فلا اشكال حينئذ في جعله اقراراً ولا يخالف الاصل المار للقرينة الظاهرة اه ملخصاً . وقد ايد هذا التوجيه في الفتاوى الحامدية حيث قال ولو اقر ان الدين الذي لي بذمة عمرو لبكر فان قال واسمي في الصك عارية صح والا فلا كما في فتاوى التمرتاشي اه ملخصاً

﴿ المادة ١٥٩٤ ﴾ اذا كان واحد في حال صحته قد نفى الملك عن نفسه باقراره على الوجه السابق بيانه او اقر بان اسمه مستعار كان اقراره معتبراً ويلزم به في حال حياته وتلزم به ورثته بعد مماته . ولكن لو اقر على الوجه المذكور في مرض موته فحكمه يعلم من الفصل الآتي

الفصل الثالث

في اقرار المريض

قال في نور العين : ومن الامور المعترضة على الاهلية المرض وهو لا ينافي اهلية وجوب الحكم حتماً لله تعالى او للعبد ولا لاهلية العبادة حتى صح نكاح المريض وطلاقه وسائر ما يتعلق بالعبادة ولكن المرض لما كان سبب الموت والموت عجز خالص كان المرض من اسباب العجز فشرعت العبادات على المريض بقدر القدرة ولما كان الموت علة خلافة الوارث والغرما في المال كان المرض من اسباب حق الوارث والغريم بماله فيكون المرض من اسباب الحجر على المريض بقدر ما يتعلق به صيانة للحقين اذا اتصل المرض بالموت مستنداً الى اول المرض حتى لا يؤثر المرض فيما لا يتعلق به حق الغريم

والوارث كنكاح بمهر المثل حيث يصح منه لانه من الحوائج الاصلية وحقهم يتعلق فيما
فضل عنها فيصح في الحال كل تصرف يحتمل الفسخ كهبة و بيع بمحاباة ثم ينتقض ان
احتيج اليه وما لا يحتمل النقض جعل كمعلق بالموت كاعتاق اذا وقع على حق غريم او
وارث بخلاف اعتاق الراهن حيث ينفذ لان حق المرتهن في ملك اليد دون الرقبة (تكملة)

﴿ المادة ١٥٩٥ ﴾ مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت
و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره ان كان من الذكور

كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد وعجز السوقي عن الاتيان الى دكانه (درمختار)
قال في رد المحتار ينبغي ان يكون المراد العجز عن نحو ذلك من الاتيان الى المسجد او
الدكان لاقامة المصالح القريبة في حق الكل اذ لو كان محترفاً بحرفة شاقة كما لو كان
مكارياً او حمالاً على ظهره او دقاقاً او نجاراً او نحو ذلك مما لا يمكن اقامته مع ادنى
مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد او السوق لا يكون مريضاً وان
كانت هذه مصالحه والا لزم ان يكون عدم القدرة على الخروج الى الدكان للبيع والشرا
مثلاً مرضاً وغير مرض بحسب اختلاف المصالح فتامل . ثم هذا انما يظهر في حق من
كان له قدرة على الخروج قبل المرض اما لو كان غير قادر عليه قبل المرض للكبر او
علة في رجليه فلا يظهر فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه وهو ما قاله ابو الليث من
ان كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت بل العبرة لغلبة الهلاك
لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض موت وان كان يخرج من البيت وينبغي
اعتماده لما علمت من انه كان يفتي به الصدر الشهيد وان كلام محمد يدل عليه ولاطراده
فيمن كان عاجزاً قبل المرض و يؤيده ان من ألحق بالمريض كمن بارز رجلاً ونحوه انما
اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ولان بعض من يكون مطعوناً او به
استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضا مصالحه مع كونه اقرب الى الهلاك من
مريض ضعف عن الخروج لصداع او هزال مثلاً . لكن مقتضى قول بعضهم انه لو كان
مريضاً مرضاً يغلب منه الهلاك لكنه لم يعجزه عن مصالحه كما يكون في ابتداء المرض لا
يكون مريضاً وقد يوفق بين القولين بانه ان علم ان به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد الى
الموت فهو المعتبر وان لم يعلم انه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح هذا ما ظهر لي اه ملخصاً

وعن رؤية مصالحه داخل داره ان كان من الاناث و يموت على ذلك

الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش او لم يكن

قال في الدر المختار وفي حق المرأة ان تعجز عن مصالحها داخل البيت كما في البزازية ومفاده انها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة قال في النهر وهو الظاهر اهـ وفيه ومن بارز رجلاً او قدم ليقتل في قصاص او رجم او بقي على لوح من السفينة او افترسه سبع وبقي في فيه فهو كمريض مرض الموت اهـ وفي الهندية ومن كان محبوساً في السجن ليقتل قصاصاً او رجماً لا يكون حكمه حكم المريض واذا اخرج ليقتل فحكمه في تلك الحال حكم المريض ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح واذا بارز فحكمه في تلك الحال حكم المريض ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح واذا هاج الموج فحكمه في تلك الحال حكم المريض ولو اعيد الى السجن ولم يقتل او ارجع بعد المبارزة الى الصف او سكن الموج صار حكمه كحكم المريض الذي برئ من مرضه تنفذ تصرفاته من جميع ماله والمرأة اذا اخذها الطلق فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها وان سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله اهـ وفي رد المحتار عن الاسماعيلية من به بعض مرض يشتكي منه وفي كثير من الاوقات يخرج الى السوق و يقضي مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت وتعتبر تبرعاته من كل ماله واذا باع لوارثه او وهبه لا يتوقف على اجازة باقي الورثة اهـ

وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه و يتغير حاله

فظهر من هذا ان مرض الموت مقيد بغير الامراض المزمنة التي طالت ولم يخف منها الموت كالفالج ونحوه وان صيرته ذا فراش ومنعته عن الذهاب في حوائجه فلو اصاب رجلاً فالج فذهب لسانه او مرض فلم يقدر عَلَى الكلام ثم اشار الى شيء او كتب شيئاً وقد تقادم ذلك وطال سنة فهو بمنزلة الاخرس الصحيح وكذا صاحب السل اذا اتى عليه سنة فهو بمنزلة الصحيح (حامدية ملخصاً)

ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حاله اعتباراً من وقت التغير الى الوفاة مرض موت

﴿ المادة ١٥٩٦ ﴾ اذا اقر في مرض الموت من لا وارث له او من لم يكن له وارث سوى زوجته اواقرت المرأة التي لا وارث لها سوى زوجها يعتبر اقراره نوع وصية . فاذا نفى الملك من لا وارث له عن جميع امواله واقر بها لغيره في مرض موته يصح وليس لامين بيت المال ان يتعرض لتركته بعد وفاته . كذلك لو نفى الملك في مرض الموت من لا وارث له سوى زوجته واقر لها بجميع امواله او نفت الملك من لا وارث لها سوى زوجها عن جميع اموالها واقرت له بها يصح وليس لامين بيت المال ان يتعرض لتركة احدهما بعد الوفاة

وذلك لان بيت المال غير وارث بل يوضع فيه المال على انه مال ضائع لا بطريق الارث فلا يعارض الوصية والاقرار ولا المحاباة كما افاده الرملي في فتاواه . وفي الحامدية سئل فيما اذا اوصى زيد بجميع ماله لاجنبي ومات مصرًّا على ذلك عن زوجة لا غير ولم تجز الوصية فكيف الحكم ؟ الجواب الوصية بما زاد على الثلث غير جائزة اذا كان هناك وارث يجوز ان يستحق جميع المال اما اذا كان لا يستحق جميع الميراث كالزوج والزوجة فانه يجوز ان يوصي بما زاد على الثلث فحيث لم تجز الزوجة الوصية ترث سدس التركة وللموصى له خمسة اسداسها لانها لا تستحق من الميراث شيئاً حتى يخرج ثلث الوصية فاذا خرج الثلث استحقت ربع الباقي وما بقي بعد ذلك يكون للموصى له بالجميع واصله من اثني عشر للموصى له اربعة وهو الثلث بقي الثلثان ثمانية للزوجة ربعها اثنان بقي ستة تعود للموصى له فتكون عشرة من اثني عشر وذلك خمسة اسداسها

﴿ المادة ١٥٩٧ ﴾ لو اقر واحد حال مرضه بمال لاحد ورثته وافاق بعد اقراره من ذلك المرض يكون اقراره هذا معتبراً

لانه لما افاق من المرض تحقق ان مرضه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة (رد محتار)

﴿ المادة ١٥٩٨ ﴾ اذا اقر واحد في مرض موته بدين او عين لاحد

ورثته ثم مات كان اقراره موقوفاً علَى اجازة باقي الورثة فان اجازوه كان معتبراً والا فلا

سواء كان المريض مديوناً او لا للتهمة وسواء كان الدين عليه اصالة او كفالة وكذا اقراره بقبض دينه من وارثه واحتياله به حتى لو اقر بقبض دينه من الاجنبي وكان وارث المقر كفيلاً للاجنبي لا يجوز اقراره اذ يبرأ الكفيل ببراءة الاصيل (جامع الفصولين)٠ ولو اقر المريض لوارثه وللاجنبي معاً بعين او دين توقف اقراره على اجازة بقية الورثة وكذا لو اقر بقبض دينه او غصبه او رهنه من وارثه ومن اجنبي وهذا اذا تصادق الوارث والاجنبي على الشركة اما اذا انكرها احدهما فالحكم كذلك عند الامامين. وعند محمد يصح الاقرار في حصة الاجنبي٠ وله ان اقرار المريض للوارث لم يصح فلم تثبت الشركة فيصح الاقرار للاجنبي كما لو اوصى لوارثه ولاجنبي وكما لو اقر لاخيه في مرض موته ولا وارث له غيره ثم ولد له ابن فينفذ اقراره لاخيه٠ ولهما انه اقر بمال موصوف بصفة فاذا بطلت الصفة يبطل الاصل كما لو تصادقا على الشركة (رد محتار)

تنبيه : اقر في مرض موته لوارثه يؤمر في الحال بتسليمه الى الوارث لاحتمال صحة هذا الاقرار بصحته من المرض فاذا مات المريض يرد الوارث ما اخذ ان كان للمقر وارث اخر ولم يصدقه (تنويرورد محتار)

ولكن اذا كان قد صدقه باقي الورثة في حياة المقر فليس لهم الرجوع عن تصديقهم و يكون ذلك الاقرار معتبراً

ولا حاجة الى التصديق بعد الموت بخلاف الوصية بما زاد على الثلث حيث لا تنفذ الا باجازة الورثة بعد موت الموصي (حموي)٠ اقول ينبغي ان يكون على هذا المنوال رضا الغرما قبل موته ، تدبر (تكملة)

وكذا الاقرار للوارث بالامانة فانه صحيح على كل حال فاذا اذا اقر واحد في مرض موته بانه قبض امانته التي عند وارثه او اقر بانه استهلك امانة وارثه المعلومة التي اودعها عنده صح اقراره

وانما قيدوا بكون الامانة معلومة اي بالبينة احترازاً عما اذا لم تكن معروفة حيث لا يقبل اقراره باستهلا كها الا ان يصدقه بقية الورثة كما في التبيين وانما اشترط معرفة الامانة لنفي التهمة فلو ثبتت الامانة بالبينة فاقر المريض باستهلا كها صدق اذ لو مات مجهلاً ضمن فاذا اقر باستهلا كها فاولى ولو اقر اولاً بتلفها في يده فنكل عن اليمين ومات لم يكن لوارثه في ماله شيء. والحاصل ان مدار الاقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لا عليها فلو اقر المريض بقبض ثمن ما باعه لوارثه بامره او بولاية لم يصدق الا ان يدعي الهلاك لكونه ليس ديناً في تركته فلو قال قبضت الثمن واتلفته يبرأ المشتري ولو ادى ولم يرجع وكذا لا يصدق في قبض ثمن ما باع لغيره من وارثه الا ان يقول ضاع عندي او دفعته الى الامر لانه لم يصر ديناً في التركة لا لوارث ولا من جهة الوارث وقوله قبضت الثمن واتلفته هو مثل اقراره لوارثه بوديعة استهلكها فتقييد المبايعة بمعاينة الشهود وحينئذ فاذا ادى ضمان ذلك للوارث لم يرجع على المشتري لانه متبرع (تكملة ملخصاً)

مثلا لو اقر في مرض موته بقوله اخذت وقبضت امانتي التي اودعتها عند ابني فلان يصح اقراره ويكون معتبراً. وكذا لو قال ان ابني فلاناً قبض ديني من فلان بالوكالة عني وسلمه لي يكون اقراره معتبراً. وكذلك لو قال بعت خاتم الماس الذي كان أودعنيهِ او اعارنيهِ مني ابني فلان وقيمة خمسة الاف غرش وانفقت ثمنه في اموري او استهلكته يكون اقراره معتبراً ويلزم تضمين قيمة ذلك الخاتم من التركة

ولكنه يشترط هنا ان تكون الامانة او الوديعة معروفة والا فلا ينفذ الاقرار ما لم يصدقه بقية الورثة كما قدمنا

والحاصل ان اقرار المريض لوارثه موقوف الا في ثلاث : لو اقر باتلاف وديعته المعروفة او اقر بقبض ما كان عنده وديعة او بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه، وينبغي ان يلحق بالثانية اقراره بالامانات كلها ولو مال الشركة (اشباه). ويؤيده ما في نور العين مريض عليه دين محيط فاقر بقبض وديعة او عارية او مضاربة كانت له عند وارثه صح اقراره لان الوارث لو ادعى رد الامانة الى وارثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اه

قلت و ينبغي ان يزاد اقراره لزوجته بالمهر اذا كان مهر المثل لان وجوبه بحكم صحة النكاح لا بحكم اقرار المريض وكذا لو صدر الاقرار بصورة النفي كما لو قال لا حق لي على وارثي فلان فانه يصح وليس للوارث الاخر ان يدعي على المقر له حقاً (تكملة)

﴿ المادة ١٥٩٩ ﴾ المراد بالوارث في هذا المبحث من كان وارثاً للمريض وقت وفاته

لا في وقت الاقرار فلو اقر لاخيه مثلاً ثم ولد له ولد صح الاقرار لعدم ارث الاخ وقت وفاة المقر وان اقر لاجنبي مجهول نسبه ثم اقر ببنوته وصدقه وهو من اهل التصديق ثبت نسبه و بطل اقراره لوجود الوراثة وقت الموت ولو اقر في مرض موته انه كان له على ابنته الميتة عشرة دراهم قد استوفاها وللمقر ابن ينكر ذلك صح اقراره لان الميت ليس بوارث كما لو اقر لامرأته في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثاً منكراً ما اقر به صح اقراره لجامع الحجة (تنوير) ولو مات المقر له ثم المريض وورثه المقر له من ورثة المريض جاز اقراره (در مختار) وصورتهُ اقر لابن ابنهِ ثم مات الابن عن ابيه ثم مات المقر عن ذلك الابن فقط او عن ابنين احدهما والد المقر له او اقر لامرأته بدين فماتت ثم مات هو وترك منها وارثاً صح اقراره عند ابي يوسف ومحمد لخروج المقر له عن كونه وارثاً في الصورة الاولى واما في الصورة الثانية فلان العبرة لكون المقر له وارثاً او لا وقت موت المقر وهي اذ ذاك ليست وارثة لان الميت ليس بوارث (رد محتار)

غير ان الوراثة الحاصلة بسبب حدث وقت وفاة المقر ولم تكن قبل فلا تمنع لصحة الاقرار كما اذا اقر واحد بمال لامرأة اجنبية في مرض موته ثم تزوجها ومات فان اقراره يكون نافذاً

بخلاف ما لو وهب لاجنبية شيئاً او اوصى لها بشيء ثم تزوجها حيث لا تصح الهبة ولا الوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي حينئذٍ وارثة (در مختار) وكذا الهبة لها في مرضه لان الهبة في مرض الموت وصية كما قدمنا

اما الاقرار لمن كانت وراثته قديمة ولم تكن حاصلة بسبب حادث

فلا ينفذ· مثلاً لو اقر من كان له ابن بمال لاحد اخوته من ابويه ثم مات بعد موت ابنه لا يكون اقراره نافذاً لان اخاه يرثه من حيث كونه اخاً له فكان سبب الارث قائماً وقت الاقرار لا حادثاً وقت الوفاة وكذا اذا صار المقر له وارثاً بالنسب بان اقر مريض مسلم لاخيه الذمي ثم اسلم قبل موته حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قائماً وقت الاقرار ولو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثه المقر له من ورثة المريض صح اقراره لان اقراره كان لاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته (تكملة)

﴿ المادة ١٦٠٠ ﴾ اذا اقر المريض في مرض موته ولكنه اسند اقراره الى زمان الصحة فحكمه حكم الاقرار في وقت المرض فلو اقر واحد في مرض موته بانه استوفى دينه من وارثه في زمان صحته لا ينفذ اقراره ما لم يجزه باقي الورثة· كذلك لو اقر في مرض موته بانه كان قد وهب ماله الفلاني لوارثهِ فلان وانه سلمه اياه في حال صحته لاينفذ اقراره ما لم يثبت ببينة او يجزه باقي الورثة

وكذا لو اقر المريض بانه باع عبده من فلان في صحته وقبض الثمن لا يصدق في الاسناد ويكون الثمن دين المرض فلا يصدق في قبضه في حق الغرما ويقال للمشتري ادفع الثمن مرة اخرى او انقض البيع ان كان العبد قائماً في يد المشتري او في يد البائع الا اذا عرف موت العبد قبل مرض البائع ولو عرف ان البائع كان في الصحة صدق في استيفاء الثمن سواء كان في الثمن رهن او لم يكن (انقروي عن التتارخانية)· وفيه اقر في مرض موته انه باع عبده من فلان وقبض ثمنه في صحته وصدقه المشتري فيه صدق في البيع لا في قبض الثمن الا في الثلث كذا في البزازية وهذا في حق الورثة اما اذا كان للمريض غرما فلا يصح اقراره بالاستيفاء اذا كذبه فيه غرماؤه· لتعلق حق الغرما كما هو المفهوم مما تقدم عن التتارخانية· وفيه اذا اقر المريض انه كان ابرأ فلاناً من الدين الذي عليه في صحته لا يجوز لانه لا يملك

انشاء الابراء للحال فلا يملك الاقرار به بخلاف الاقرار باستيفاء الدين لانه يملك انشاءه فيملك الاخبار عنه بالاقرار، كذا في البدائع اه

﴿ المادة ١٦٠١ ﴾ اقرار المريض في مرض موته بعين او دين لاجنبي اي لمن لم يكن وارثه صحيح وان احاط بجميع امواله

سواء كانت العين مضمونة او غير مضمونة او امانة (خيرية) وهذا استحسان ووجهه ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان فيه تفريغ ذمة الميت ورفع الحائل بينه و بين الجنة فيقدم على حق الورثة كسائر حوائجه لان شرط تعلق حقهم الفراغ من حقه ولهذا يقدم كفنه عليهم ولانه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذراً من اتواء مالهم فيفسد عليهم طريق التجارة او المداينة (تكملة) والقياس ان لا يصح اقراره الا من الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب ان لا ينفذ الا من الثلث (درر) واذا اقر المريض بدين لاجنبي ثم اقر بدين لاجنبي آخر وقد تساوى الدينان صحة ومرضاً تحاصاً وصل او فصل للاستواء في الثبوت في ذمة المقر ولو اقر بدين ثم بوديعة تحاصاً ايضاً لانه لما بدأ بالاقرار بالدين تعلق حق الغريم في المال الذي في يده فاذا اقر انه وديعة يريد ان يسقط حق الغريم عنه فلا يصدق الا انه قد اقر بوديعة تعذر تسليمها بفعله فصارت كالمستهلكة فتكون ديناً عليه ويساوي الغريم الآخر في الدين ولو اقر بوديعة ثم بدين فصاحب الوديعة اولى لانه لما بدا بالوديعة ملكها المقر له بعينها فاذا اقر بدين لم يجز ان يتعلق بمال الغير (طحطاوي عن الحموي)

ولكن اذا ظهر كذب المقر بان كان معلوماً عند كثيرين ان المقر به ملكه وقت الاقرار تملكه بسبب من الاسباب كالبيع والهبة او انتقل اليه بالارث فحينئذٍ ينظر ان لم يكن الاقرار في اثناء مذاكرة الوصية كان بمعنى الهبة فلا بد من التسليم وان كان في اثناء مذاكراتها حمل على معنى الوصية وفي كلتا الحالتين لا يعتبر اقرار المقر الا من ثلث ماله

لان اقرار المريض يكون حينئذٍ تمليكاً للمقر له والتمليك في مرض الموت لا ينفذ الا من الثلث وهذا معنى ما افاده الحموي وغيره من ان اقرار المريض للاجنبي ان كان حكاية يجوز من جميع المال وان كان بطريق الابتداء فمن ثلث المال كما في العمادية . وقد سئل العلامة المقدسي عن المراد بالحكاية والابتداء فاجاب بان المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة اقرار وهو في الحقيقة ابتدا تمليك بان يعلم بوجه من الوجوه ان ذلك الذي اقر به ملك له وانما قصد اخراجه في صورة الاقرار حتى لا يكون في ذلك منع ظاهر عَلَى المقر اما الحكاية فهي على حقيقة الاقرار اهـ . قلت ومما يشهد لصحة ما ذكرنا من الفرق ما صرح به صاحب القنية اقر الصحيح بعبد في يد ابيه لفلان ثم مات الاب والابن مريض فانه يعتبر خروج العبد من ثلث المال لان اقراره متردد بين ان يموت الابن اولاً فيبطل وبين ان يموت الاب اولاً فيصح فصار كالاقرار المبتدا في المرض قال فهذا كالتنصيص ان المريض اذا اقر بعين في يده للاجنبي فانما يصح اقراره من جميع المال اذا لم يكن تملكه اياه حال مرضه معلوماً حتى امكن جعل اقراره اظهاراً فاذا علم تملكه في حال مرضه فاقراره بها لا يصح الا من ثلث المال وهذا حسن من جهة المعنى اهـ ملخصاً عن الحامدية

تنبيه : اذا كان الاقرار ابتداء وحمل على الهبة لزم التسليم كما مر في متن المادة وان حمل على الوصية لا يشترط التسليم (حامدية)

﴿ المادة ١٦٠٢ ﴾ ديون الصحة مقدمة عَلَى ديون المرض . يعني ان المديون المستغرقة تركته بالدين تقدم ديونه التي تعلقت بذمته في حال صحته على الديون التي لزمته باقراره في مرض موته فتستوفى اولاً ديون الصحة من تركته ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت فضلة

والمراد بديون الصحة هنا دين الصحة مطلقاً سواء علم بسبب معروف او باقرار المقر فقط وسواء كانت لوارث ام لا بعين او دين (طحطاوي) والحاصل ان دين الصحة مقدم على دين المرض حتى لو اقر من عليه دين في صحته في مرض موته لاجنبي بدين او عين مضمونة او امانة كغصب او وديعة او مضاربة يقدم دين الصحة ولا يصح اقراره في حق غرما الصحة لان المريض محجور عن الاقرار بالدين ما لم يفرغ عن

دين الصحة فالدين الثابت باقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد ماذون اقر بدين بعد حجره فالثاني لا يزاحم الاول ولنا ايضاً ان حق غرما الصحة تعلق بمال المريض في اول مرضه لانه عجز عن قضائه من مال اخر فالاقرار فيه صادف غرماالصحة فكان محجوراً عليه (حموي)

ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض باسباب معروفة اي اسباب مشاهدة ومعلومة عند الناس بغير الاقرار كالشراء والاستقراض واتلاف المال فهي في حكم ديون الصحة

فاذا استقرض مالاً في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال الى المستقرض او اشترى شيئاً بالف درهم وعاين الشهود قبض المبيع او تزوج امرأة بمهر مثلها او استأجر شيئاً بمعاينة الشهود فان هذه الديون تكون مساوية لدين الصحة وذلك لانها وجبت باسباب معلومة لا مرد لها ولانه بالقرض والشرا لم يفوت عَلَى غرماء الصحة شيئاً لانه يزيد في التركة مقدار الدين الذي تعلق بها ومتى لم يتعرض لحقوقهم بالابطال نفذ مطلقاً (تكملة)

واذا كان المقر به شيئاً من الاعيان فحكمه على هذا المنوال ايضاً. يعني اذا اقر واحد لاجنبي باي شيءٍ كان في مرض موته لا يستحقه المقر له ما لم تؤد ديون الصحة او الديون التي هي في حكم ديون الصحة التي لزمت باسباب معروفة كما ذكر آنفاً

وذلك لان الفعل في المرض احط من فعل الصحة الا في مسألة تفويض الناظر النظر لغيره بلا شرط الواقف التفويض له فانه صحيح في المرض لا في الصحة اما اذا كان هناك شرط فيستويان (تكملة)

﴿ المادة ١٦٠٣ ﴾ اذا اقر واحد في مرض موته بانه استوفى دينه الذي في ذمة اجنبي ينظر ان كان هذا الدين تعلق بذمة الاجنبي حال مرض المقر صح اقراره ولكنه لا ينفذ في حق غرماء الصحة وان كان تعلق بذمة

الاجنبي في حال صحة المقر صح اقراره على كل حال يعني سواء كانت عليه ديون صحة او لم تكن

الا اذا كان الاجنبي كفيلاً عن وارث المقر . قال في الخانية لا يصح اقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ولا من كفيل وارثه ولو كفل في صحته وكذا لو اقر بقبضه من اجنبي تبرع عن وارثه اه . وفي الحامدية وكل رجلاً ببيع شيء معين فباعه من وارث موكله واقر الموكل بقبض الثمن من مورثه او اقر ان وكيله قبض الثمن ودفعه اليه لا يصدق وان كان المريض هو الوكيل وموكله صحيح فاقر الوكيل انه قبض الثمن من المشتري الذي هو وارث الموكل وجحد الموكل صدق الوكيل ولو كان المشتري وارث الوكيل والموكل والوكيل مريضان فاقر الوكيل بقبض الثمن لا يصدق اذ مرضه يكفي لبطلان اقراره لوارثه بالقبض فمرضهما اولى اه . وفي الهندية رجل له على رجل الف درهم دين واحد ورثته كفيل به او كان الدين على الوارث ورجل اجنبي كفل به بامر الوارث او بغير امره فمرض رب الدين واقر بقبض الدين من احدهما بطل اقراره فاما اذا ابرأ الاجنبي من غير قبض فان كان اصيلاً لا يصح وان كان كفيلاً يصح من الثلث فان كان للميت مال يخرج ذلك من ثلثه فهو صحيح ولا سبيل على الكفيل والدين على الوارث على حاله وان لم يكن للميت مال غيره يصح من ثلثه وللورثة الخيار في ثلثي الالف ان شاؤا اخذوه من الاصيل وان شاؤا اخذوه من الكفيل والثلث الباقي يؤخذ من الاصيل لا غير ولو ابرأ الوارث لا يصح كيف ما كان اه

مثلاً لو قر المريض بانه قبض ثمن المال الذي باعه في حال مرضه يصح اقراره ولكن اذا كان له غرماء صحة فلهم ان لا يعتدوا بهذا الاقرار وان باع مالاً في حال صحته واقر بقبض ثمنه في مرض موته صح اقراره على كل حال وان كان له غرماء صحة فليس لهم ان يقولوا لا نعتبر هذا الاقرار

وقد ذكر هذه المسالة في الهندية بمزيد بيان وهذا نص عبارتها : اذا اقر المريض

باستيفاء دين وجب له على غيره فان كان الدين وجب بدلاً عما هو مال بان اقرض او باع حتى وجب الثمن في ذمة المشتري ومثل القرض في ذمة الغريم او وجب بدلاً عما ليس بمال كالمهر و بدل الخلع فان وجب الدين للمريض بدلاً عما هو مال والغريم اجنبي صح اقراره بالاستيفاء اذا كان الوجوب في حال الصحة سواء كان عليه دين صحة او لم يكن وان كان الوجوب في حالة المرض لا يصح اقراره بالاستيفاء في حق غريم الصحة اذا كان عليه دين صحة وهذا اذا علم وجوبه في حال الصحة بالبينة او بالمعاينة فاما اذا لم يعلم وجه به في حالة الصحة الا بقول المريض ومن داين معه بان قال المريض لرجل بعينه قد كنت بعتك هذا الفرس في صحتي بكذا وانت قبضت الفرس وانا استوفيت الثمن وصدقه في ذلك المشتري ولا يعرف ذلك الا بقولهما فان كان الفرس قائماً في يد المشتري او في يد البائع وقت الاقرار او كان هالكاً وقت الاقرار الا انه عرف قيامه وحياته في اول المرض او كان هالكاً وقت الاقرار ولا يدري انه هلك في حالة المرض او في حالة الصحة ففي هذه الوجوه كلها لا يصح اقرار المريض بالاستيفاء اذا كذبه في ذلك غرماء الصحة وان علم ان الفرس هلك في حالة الصحة صح اقراره بالاستيفاء وان كان وجب على وارثه واقر بالاستيفاء لا يصح اقراره سواء وجب في حالة المرض او في حالة الصحة وسواء كان عليه ديون صحة او لم يكن واذا وجب الدين بدلاً عما ليس بمال والغريم اجنبي فاقر بالاستيفاء في حالة المرض صح الاقرار سواء وجب هذا الدين في حالة الصحة او في حالة المرض وسواء كان عليه ديون الصحة او لم يكن واذا وجب الدين بدلاً عما ليس بمال والغريم وارث لا يصح اقرار المريض بالاستيفاء سواء وجب الدين في حالة المرض او في حالة الصحة اه ٠ وفيها باع عبد ابنه الصغير من رجل بالف درهم ثم قال في مرضه قد قبضت من فلان الثمن ثم مات في مرضه لم يجز اقراره ولو قال في مرضه قد قبضتها من فلان فضاعت كان مصدقاً ولو قال قبضتها واستهلكتها لا يصدق ولا يبرأ المشتري منها ولا يكون للمشتري اذا اخذ الثمن منه ان يرجع به على الاب او في ماله اه

﴿ المادة ١٦٠٤ ﴾ ليس للمديون ان يؤدي دين احد غرمائه في مرض موته و يبطل حقوق باقيهم

ولو كان ذلك اعطاء مهر وايفاء اجرة لتعلق حق كل الغرماء بما في يده فان

ادي الى احدهم ولو غريم صحة شاركه الاخر فيه وتقييد ذلك بالمرض يفيد ان الصحيح ليس كذلك بل له ايثار بعض الغرماء على البعض اذ لم يكن محجوراً كما في مجمع الانهر وغيره . والمراد بالاجرة هنا الاجرة المستوفية المنفعة اما اذا كانت الاجرة مشروطة التعجيل وامتنع المؤجر عن تسليم العين المؤجرة حتى يقبض الاجرة فهي كمسالة ثمن المبيع الآتية في الفقرة الآتية

ولكن له ان يؤدي ثمن المال الذي اشتراه او القرض الذي استقرضه وهو في حال المرض

غير ان ذلك مقيد بشرطين الاول ان يكون ثمن ما اشتراه مثل القيمة لان الزيادة تبرع فتكون وصية . الثاني ان يكون كل من الشراء والاستقراض ثابتاً بالبرهان لا باقرار المريض للتهمة (تنوير) ووجه استثناء هاتين المسالتين ان المريض انما منع من قضاء دين بعض الغرما لما فيه من اسقاط حق الباقين فاذا حصل للغرما مثل ما قضى ولم يسقط من حقهم شيء جاز القضا ولان حق الغرما تعلق بمعنى التركة لا بعينها فاذا حصل للمريض مثل ما ادى لا يعد قضاؤه تفويتاً فاذا اشترى عبداً واوفى ثمنه من التركة فمعنى التركة حاصل للغرما لم يسقط منه شيء فجاز فعله (طحطاوي) وهذا بخلاف ما تقدم من اعطاء المهر وايفاء الاجرة وبخلاف ما اذا لم يؤد بدل ما استقرض او ثمن ما اشترى في مرضه حتى مات فان البائع اسوة للغرماء في الثمن اذا لم تكن العين المبيعة في يده فان كانت كان اولى (تنوير وغيره) راجع المادة ٢٩٦ . وفي التكملة . ثم ان الدين الثابت بالسبب نوعان نوع لو قبض صاحبه من المريض ذلك لا يشاركه فيه صاحب دين الصحة كالقرض والمبيع ونوع يشاركه فيه كمهر قبضته المراة واجرة قبضها الآجر واجرة مسكنه ومأكله وملبسه وثمن ادويته واجرة طبيبه من النوع الاول لو قبضت لا يشاركه الغرما اه

تتمة : رجل مات وعليه دين لرجل فقال الدائن قبضت منه في صحته الالف التي كانت لي عليه وقال غرماء الميت لا بل قبضت في مرضه الذي مات به ولنا حق المشاركة فيما قبضت منه قالوا ان كانت الالف المقبوضة قائمة شاركوه فيها لان الاخذ حادث فيحال الى اقرب اوقاته وهو حالة المرض وان كانت المقبوضة هالكة لا شيء لغرماء الميت قبله لانه انما يصرف الى اقرب الاوقات بنوع ظاهر يصلح للدفع لا

لايجاب الضمان فحال قيام الالف هو يدعي لنفسه سلامة المقبوض والغرما ينكرون ذلك وقد اجمعوا على ان المقبوض كان ملكاً للميت فيصلح الظاهر شاهداً لهم وبعد هلاك المقبوض حاجة الغرما الى ايجاب الضمان فلا يصلح الظاهر شاهداً لهم (خانية)

﴿المادة ١٦٠٥﴾ الكفالة بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الاصلي · بناء عليه لو كفل واحد دين وارثه او طلبه في مرض موته لا يكون نافذاً واذا كفل للاجنبي يعتبر من ثلث ماله

الا اذا كان عليه دين محيط بماله فانها تبطل (رد محتار) راجع شرح المادة ٦٢٨

واما اذا اقر في مرض موته بانه كفل لاجنبي في حال صحته فيعتبر اقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحة ان وجدت

اما لو اقر انه كفل في صحته لوارثه او عن وارثه فلا تنفذ (رد محتار) راجع المادة ١٦٠٠ ·وفي الانقروي عن الخلاصة : وكفالة المريض على ثلاثة اوجه، في وجه كدين الصحة بان كفل حال الصحة وعلق ذلك بسبب وحصل ذلك في المرض بان قال ما ذاب لك على فلان فعليَّ او ما وجب لك على فلان فعلي فثبت له عَلَى فلان في المرض ، وفي وجه بمنزلة دين المرض بان اخبر في المرض اني كنت كفلت لفلان في حالة الصحة لا يصدق في حق غرما الصحة والمكفول مع غرما المرض وفي الاول مع غرما الصحة، وفي وجه كسائر الوصايا بان انشأ الكفالة في المرض الذي مات فيه اه اي فلا تنفذ الا من الثلث كباقي الوصايا

الباب الرابع

في بيان الاقرار بالكتابة

﴿المادة ١٦٠٦﴾ الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان · راجع المادة ٦٩

وبناء عليه لو اثبت المديون ان الدائن كتب على قرطاس بخطه ان الدين الذي لي عَلَى فلان بن فلان ابرأته عنه صح ويسقط الدين لان الكتابة المرسومة المعنونة

كالنطق وان لم يكن كذلك لا يصح الابراء ولا دعوى الابراء (بزازية) انظر المادة ١٦٠٩

﴿ المادة ١٦٠٧ ﴾ الامر بكتابة الاقرار اقرار حكماً · بناءً عليه لو استكتب كاتباً فقال له اكتب لي سنداً يحتوي انى مديون لفلان بكذا دراهم وامضاه او ختمه كان ذلك من قبيل الاقرار بالكتابة كالسند الذي كتبه بخط يده

حتى انه يلزمه الدين ولو لم يكتب الكاتب السند اذا ثبت الامر عند الحاكم (رد محتار)

﴿ المادة ١٦٠٨ ﴾ القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها هي من قبيل الاقرار بالكتابة ايضاً فلو كتب التاجر في دفتره انه مديون لفلان بكذا غروش يكون قد اقر له بذلك القدر ديناً عليه وعند الحاجة تعتبر كتابته وتراعى كاقراره الشفاهي

وهذا فيما يكتبه على نفسه كما هو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه فانه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يوخذ خصمه به فكيف اذا كتبه [1] ويجب تقييده ايضاً بما اذا كان دفتره محفوظاً عنده فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه فالظاهر انه لا يعمل به خلافاً لما بحثه (طحطاوي) لان الخط مما يزور وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه فلا يكون حجة عليه اذا انكره او ظهر ذلك بعد موته وانكرته ورثته (رد محتار ملخصاً) اقول وقد يلوح لي ان الاظهر ما بحثه طحطاوي من العمل بخط التاجر ولو كان في دفتر خصمه اذا كان خطه وختمه معروفين وهذا لا يخالف فروع المذهب بل انه موافق لما سيأتي في المادة ١٧٣٦ من المجلة من انه يعمل بالخط والختم اذا كانا خاليين من شبهة التزوير ولا حاجة الى الاثبات بوجه آخر وقد يقع كثيراً في زماننا ان بعض الناس يشتري من البياع بضاعة بثمن

---

(١) ولمحكمة التمييز قرار موءرخ في ٢٥ ك ٢ سنة ٣٠٨ مؤداه انه لا يجوز للتاجر ان يثبت دعواه الايصال بقيود دفاتره (ج · م · عد ٧٠٧)

معلوم و يكتب ذلك على نفسه في دفتر البياع ويمضيه بامضائه او يختمه بختمه فاذا كان خط المشتري معروفاً فاية شبهة بعد ذلك لا سيما وقد جرت به العادة عند اكثر الناس حتى صاروا يعتاضون بذلك عن السندات المعتادة ، تأمل

﴿المادة ١٦٠٩﴾ ان سند الدين الذي يكتبه الرجل او يستكتبه ويعطيه لآخر ممضىً بامضائه او مختوماً بختمه يعد اقراراً بالكتابة ويكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي اذا كان مرسوماً اي اذا كان قد كتب موافقاً للرسم والعادة والوثائق المعلمة بالقبض المسماة بالوصول هي من هذا القبيل ايضا

وفي رد المحتار قال قارىء الهداية اذ كتب على وجه الصكوك يلزمه المال وهو ان يكتب يقول فلان الفلاني ان في ذمتي كذا لفلان الفلاني فهو اقرار يلزم وان لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اه. قلت والعادة اليوم في تصديرها بالعنوان انه يقال فيها سبب تحريره هو انه ترتب في ذمة فلان الفلاني الخ وكذا الوصول الذي يقال فيه وصل الينا من يد فلان الفلاني كذا ومثله ما يكتبه الرجل في دفتره مثل قوله علم بيان الذي في ذمتنا لفلان الفلاني فهذا كله مصدر معنون جرت العادة بتصديره بذلك وهو مفاد كلام قارىء الهداية المذكور فمقتضاه ان هذا كله اذا اعترف بانه خطه يلزمه اه ملخصاً

قال حيدر افندي ان سند الدين على اربع صور الاولى ان يكون بخط المديون وامضائه . الثانية ان يكون بامضائه وبخط غيره . الثالثة ان يكون بخط المديون وختمه عوضاً عن الامضاء وفي هذه الصورة يعمل بالسند لخلوه من شائبة التزوير . الرابعة ان يكون السند بختم المديون وبخط غيره وظاهر هذه المادة انه يعمل به والحال انه غير خالٍ من شبهة التزوير لان الختم لا يكون دائماً في يد صاحبه فقد يتركه في بيته او يسلمه لامينه كما يمكن ايضاً تقليده فلو اقر المديون ان الختم ختمه ولكنه انكر ان يكون وقعه وانكر الدين ايضاً فلا يجوز حينئذٍ ان يعمل بالسند ويؤيده ما سيأتي في المادة الآتية من انه يعمل بالسند اذا خلا من شائبة التزوير وما مر في المادة ١٦٠٧ من قوله وامضاه او ختمه ويلزم من ثم اثبات الدعوى بوجه آخر اه

تتمة : اذا كتب رجل صندين على نفسه كلا منهما بالف وفيهما امضاؤه وختمه دون بيان الجهة وهو معترف بانهما خطه يلزمه الالفان ولا عبرة لقوله بان عليه الف فقط وان قيمة السند الاخر زائدة لان تبدل السند بمنزلة تبدل السبب (خانية وحامدية) وعبارة الخانية رجل اقر على نفسه بمائة درهم واشهد شاهدين ثم اقر له بمائة درهم في موطن آخر واشهد شاهدين فقال المقر هي مائة وقال الطالب هي مائتان فهذه المسالة على وجوه اما ان اضاف اقراره الى سبب والسبب واحد او مختلف او لا يضيف الى سبب فان اضاف الى سبب بان قال له علي الف درهم ثمن هذا العبد ثم اقر بعد ذلك في مجلس اخر او في ذلك المجلس ان لفلان عليه الف درهم ثمن هذا العبد والعبد واحد ففي هذا الوجه لا يلزمه الا مال واحد على كل حال في قولهم جميعاً وان كان السبب مختلفاً بان قال لفلان علي الف درهم ثمن هذه الجارية ثم قال لفلان علي الف درهم ثمن هذا العبد ففي هذا الوجه يلزمه المالان في قولهم سواء اقر بذلك في موطن او موطنين وان لم يضف الاقرار الى سبب لكن عقد على نفسه بالمال صكاً فان كان الصك واحداً فالمال واحد عند الكل وان عقد على نفسه صكين كل صك بالف درهم واشهد على ذلك لزمه المالان على كل حال واختلاف الصك يكون بمنزلة اختلاف السبب وان لم يعقد صكاً لكنه اقر مطلقاً فان كان اقراره الاول عند غير القاضي بحضرة شاهدين واقراره الثاني عند القاضي يلزمه مال واحد وكذا لو اقر اولاً عند القاضي بالف واثبت القاضي ذلك في ديوانه ثم اعاد الى القاضي في مجلس آخر فاقر بالف وادعى الطالب المالين والمطلوب يدعي انه مال واحد كان القول للمطلوب وان كان الاقرار عند غير القاضي او كان الاقرار الاول عند القاضي والثاني عند غيره فان كان اشهد على كل اقرار شاهداً واحداً فالمال واحد عند الكل كان ذلك في موطن او موطنين وان اشهد على اقراره الاول شاهداً واحداً وعلى الثاني شاهدين او اكثر في مجلس اخر فعلى قول ابي يوسف ومحمد يكون المال واحداً واختلف المشايخ في قول ابي حنيفة والظاهر عنده يكون المال واحداً ايضاً وانما يتعدد المال عنده اذا تمت الحجة على الاقرار الاول بان كان عند القاضي او بشهادة شاهدين اما اذا لم تتم فلا وان اشهد على كل اقرار شاهدين عند غير القاضي ذكر الخصاف انه على قول ابي حنيفة يلزمه المالان ان اشهد في المجلس الثاني الشاهدين الاولين وان اشهد غيرهما كان المال واحداً و بعض المشايخ قالوا ان كان ذلك في موطنين واشهد

عَلَى كل اقرار شاهدين عند ابي حنيفة يلزمه المالان جميعاً سواء اشهد على اقراره الثاني الشاهدين الاولين او غيرهما والظاهر ان الخلاف بينهم فيما اذا كان الاقرار في موطنين فاما اذا كان في موطن واحد فيكون المال واحداً وان جاء بشاهدين على اقراره بالف ثم جاء بشاهدين آخرين على اقراره بالف ولا يدري ان ذلك كان في موطن او موطنين بان نسي الشهود ذلك فهما مالان الا ان يعلم انه كان في موطن واحد ولو قدم رجلاً الى القاضي وادعى عليه الفاً واقر بها ثم اعاده الى القاضي في مجلس وادعى عليه خمسمائة فاقر بها فقال الطالب قد اقر لي بالف وخمسمائة وقال المطلوب انما له علي الف فالقول للمطلوب وكذا لو ادعى في المجلس الثاني الفين فاقر بها فادعى الطالب ثلاثة آلاف وقال المطلوب انما له علي الفان كان القول للمطلوب ويكون اقراره الثاني الخروج عن موجب اقراره الاول وايجاب الزيادة فتلزمه الزيادة ويجب عليه الفان اه

﴿ المادة ١٦١٠ ﴾ من كتب سنداً او استكتبه مرسوماً على الوجه السابق واعطاه ممضىً او مختوماً اذا اقر بانه له ولكنه انكر الدين الذي حواه فلا يعتبر انكاره ويلزمه اداء ذلك الدين

ولكن هل له ان يستحلف الدائن؟ قال في الحامدية وان اعترف انه خطه وانكر ما كتب فيه حلف المقر له ان المقر قبضه وقضي له وان لم يحلف لا يقضى له اه٠ وهذا مشكل لان اليمين لا تكون الا على النفي والظاهر ان ما في الحامدية محمول على ما اذا ادعى المقر كذب الاقرار على الوجه الذي مر في المادة ١٥٨٩

اما اذا انكر كون السند له فان كان خطه او ختمه مشهوراً ومتعارفاً فلا يعتبر انكاره ايضاً ويعمل بذلك السند

هذا ظاهر في انه لا يكفي لاثبات الخط شهادة اثنين او ثلاثة بل لا بد من ان يكون مشهوراً ومتعارفاً وطريقة ذلك ان يشهد به جماعة لا يتصور اتفاقهم على الكذب انظر شرح المادة ١٧٣٥

وان لم يكن خطه وختمه معروفين يستكتب ذلك المنكر ويعرض على

اهل الخبرة فان اخبروا بان الخطين كتابة شخص واحد يؤمر المنكر بقضاء الدين المذكور

وان ابى ان يكتب يقايس خط السند عَلَى ما كتبه قبلاً واقر به وان لم يوجد له خط سابق قال حيدر افندي الظاهر ان يجبر على الكتابة

والحاصل انه يعمل بالسند ان كان بريئاً من شائبة التزوير وشبهة التصنيع اما اذا لم يكن السند بريئاً من الشبهة وانكر المديون ان يكون السند له وانكر اصل الدين ايضاً فيحلف بطلب المدعي على ان السند ليس له وانه ليس بمديون للمدعي

والظاهر انه لو نكل عن احدهما كما لو حلف على عدم وجوب الدين ونكل عن اليمين بانه لم يكتب السند يلزمه المال لان النكول اقرار ولو اقر بكتابة السند وانكر ما كتب فيه لزمه الدين كما يعلم من الفقرة الاولى من هذه المادة

فروع : رجل كان يستدين من زيد و يدفع له ثم تحاسبا عَلَى مبلغ دين تبقى لزيد بذمة الرجل واقر الرجل بان ذلك آخر كل قبض وحساب ثم بعد ايام يريد نقض ذلك واعادة الحساب فليس له ذلك لقول الدرر لا عذر لمن اقر . شريكا تجارة حسب لهما جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس وقد ظنا صواب الجماعة في الحساب ثم تبين الخطا في الحساب لدى جماعة اخر يرجع الى الصواب لقول الاشباه لا عبرة بالظن البين خطاؤه . شريكا عنان تحاسبا ثم افترقا بلا ابراء او بقيا على الشركة ثم تذكر احدهما انه كان اوصل لشريكه اشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه فانكر الاخر ولا بينة فطالب المدعي بيمينه على ذلك له ذلك اه ملخصاً عن التكملة

﴿المادة ١٦١١﴾ اذا اعطى واحد سند دين مرسوماً على الوجه المار بيانه ثم توفى يلزم ورثته قضاء الدين من التركة اذا اقروا بان السند للمتوفى

ظاهره انهم لو اقروا بالسند وانكروا المال لزمهم الدين لان الوارث قائم مقام المورث ولو اقر المورث بالسند وانكر المال يلزمه كما مر في المادة السابقة فكذا وارثه ولو اقر بالسند احد الورثة وانكره الباقون نفذ الاقرار على المقر فقط راجع المادة ٧٨

ويلزمه ان يفي من الدين قدر ما يصيب حصته من التركة انظر المادة ١٦٤٢

اما اذا انكروه فلا يعمل بذلك السند الا اذ كان خط الميت وختمه معروفين

اما اذا عرف ان الختم فقط ختم الميت وان الخط والامضاء ليسا له فلا يعمل بالسند لانه لا يخلو حينئذٍ من شائبة التزوير كما قدمنا في شرح المادة ١٦٠٩ قال حيدر افندي وهذا هو الموافق لقواعد الفقه

﴿ المادة ١٦١٢ ﴾ اذا ظهر في تركة المتوفى كيس مملوءٌ بالنقود وقد كتب عليه بخط الميت ان هذا الكيس مال فلان وهو عندي امانة ياخذه ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج الى الاثبات بوجه آخر

لان العادة تشهد انه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه . راجع شرح المادة ١٦٠٨ . وفي الحامدية وقد رأيت في فتاوى العلامة الحانوتي سؤالاً حاصله فيما يكتبه التجار على احمالهم من العلامة الدالة على اسم صاحبها هل تدل العلامة عَلَى ان الحمل ملك صاحب العلامة الجواب ان كان صاحب العلامة او وكيله واضع اليد على الحمل فلا كلام في ان وضع اليد دليل الملك بلا بينة ولا عبرة حينئذٍ بمجرد الكتابة ما يثبت بالبينة الشرعية خلافه وان لم يكن هناك وضع يد فالاصل ايضاً ان الحمل لصاحب الاسم حيث لم يثبت بالبينة الشرعية انه لغيره اه

تتمة : وفي الخانية رجل وقف ضيعةً له وكتب صكاً واشهد الشهود عَلَى ما في الصك ثم قال الواقف اني وقفت على ان ابيعي فيه جائز الا ان الكاتب لم يكتب ذلك الشرط ولم اعلم بالذي كتب في الصك قال الفقيه ابو بكر البلخي ان كان الواقف رجلاً فصيحاً يحسن العربية فقرئ عليه الصك فاقر بجميع ما فيه فالوقف صحيح كما كتب ولا يقبل قوله وان كان الواقف اعجمياً لا يفهم العربية ولم يشهد الشهود على تفسيره فالقول قول الواقف اني لم اعلم ما في الصك واشهدت الشهود على ما في الصك من غير ان اعلم ما في الصك وان قال الشهود قرئ عليه الكتاب بالفارسية فاقر به واشهدنا عليه لا يقبل قوله وهذا لا يختص بالوقف بل بالبيع وسائر التصرفات يكون كذلك اه

انتهى

الكتاب الرابع عشر

في الدعوى ويشتمل على مقدمة وبابين

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالدعوى

✻ المادة ١٦١٣ ✻ الدعوى هي طلب واحد حقه من آخر في حضور الحاكم

والدعوى مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع وشرطها مجلس الحاكم فلا تسمع الا بين يديه وينبغي ان يكون الحكم كالقاضي فيما يجوز به التحكيم بشروطه (مجمع الانهر)٠ وقد عرف الدعوى في التنوير بانها قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره او دفعه عن حق نفسه اه فدخل دعوى دفع التعرض فتسمع وبه يفتى بخلاف دعوى قطع النزاع فلا تسمع (در مختار)٠ فالاولى اي دعوى دفع التعرض ان يدعي ان فلاناً يتعرض لي في كذا بغير حق واطالبه بدفع تعرضه فانها تسمع فينهاه القاضي عن التعرض له بغير حق فما دام لا حجة له فهو ممنوع عن التعرض فان وجد حجة تعرض بها اه٠ اما الثانية اي دعوى قطع النزاع فهي ان ياتي شخص الى القاضي ويقول هذا يدعي عليَّ دعوى فان كان له شيء فليبينه والا يشهد على نفسه بالابرا وهذه الدعوى غير مسموعة لان المدعي لا يجبر عَلَى اقامة دعواه لكون الحق له ان شاء طلبه وان شاء تركه (تكملة المختصر)

ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه

اعلم انهم اختلفوا في تعريف المدعي والمدعى عليه فقد عرفهما في التنوير والغرر والملتقى بان المدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه من يجبر عليها وهذا احسن ما قيل فيهما وقيل المدعي من لا يستحق الا ببينة والمدعى عليه من يكون مستحقاً بلا حجة اذ بقوله هو لي يكون له على ما كان ما لم يثبت المدعي استحقاقه

تنبيه : قال في البحر لم ارَ اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغي اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق فلو قال اشك او اظن لم تصح الدعوى اه

﴿ المادة ١٦١٤ ﴾ المدعى هو الشيء الذي ادعاه المدعي ويقال له المدعى به ايضاً

﴿ المادة ١٦١٥ ﴾ التناقض هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه اي سبق كلام موجب لبطلان دعواه

وهل يشترط كون الكلامين المتناقضين عند القاضي او الثاني فقط ويحتاج الى اثبات الاول عند القاضي ليدفع به دعوى المدعي ؟ فيه خلاف قال في الدر المختار عن البحر وينبغي ترجيح الثاني لان به التناقض اه وفي شرح المقدسي ينبغي ان يكفي احدهما عند القاضي بل يكاد ان يكون الخلاف لفظياً لان الذي حصل سابقاً عَلَى مجلس القاضي لا بد ان يثبت عنده ليترتب علي ما عنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكانهما في مجلس القاضي فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق اه

الباب الاول

في شروط الدعوى واحكامها ودفعها ويشتمل عَلَى اربعة فصول

الفصل الاول

في شروط صحة الدعوى

﴿ المادة ١٦١٦ ﴾ يشترط ان يكون المدعي والمدعى عليهما عاقلين فدعوى المجنون والصبي غير المميز ليست بصحيحة

وكذا لو كانت الدعوى عليهما لجوابهما غير صحيح (درر) بخلاف الصبي المميز اذا

كان مأذوناً في الخصومة . قال في التنوير واهلها العاقل المميز ولو صبياً لو ماذوناً في الخصومة والا لا اه . اي وان لم يكن ماذوناً لا تصح دعواه كسائر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر

استطراد : قال في التكملة نقل العلامة ابو السعود عن الزيلعي ان الصبي العاقل الماذون له يستحلف و يقضى عليه بالنكول وفي الولوالجية صبي ماذون باع شيئاً فوجد المشتري به عيباً فاراد تحليفه فلا يمين عليه حتى يدرك وعن محمد لو حلف وهو صبي ثم ادرك لا يمين عليه فهذا دليل على انه لوحلف يكون معتبراً اه

ولكن يصح ان يكون اولياؤهما واوصياؤهما مدعين عنهما او مدعى عليهم بالولاية والوصاية

وهل يشترط حضورهما مجلس الحكم فيه خلاف والذي حققه في التكملة عن العمادية والحواشي الحموية وغيرها ان الصبي المحجور اذا لم يكن لمن يدعي عليه بينة لا يكون له احضاره الى باب القاضي لانه لوحلف ونكل لا يقضى عليه بنكوله ولو كان للمدعي بينة وهو يدعي عليه الاستهلاك او الغصب فله احضاره لان الصبي ماخوذ بافعاله وان لم يكن ماخوذاً باقواله والشهود محتاجون الى الاشارة اليه فيحضر لكن يحضر معه ابوه ومن هو في معناه لان الصبي بنفسه لا يلي شيئاً فيحضر الاب حتى اذا الزمه القاضي يؤمر الاب بالاداء عنه في ماله اه

☀ المادة ١٦١٧ ☀ يشترط ان يكون المدعى عليه معلوماً فاذا قال المدعي لي على واحد لا على التعيين من اهل القرية الفلانية اوعلى بعضهم مقدار كذا لا تصح دعواه و يلزمه تعيين المدعى عليه

ومن هذا القبيل ما في الحامدية وخلاصته ان ورثة زيد المقتول ادعوا على خمسة انفار معلومين بانهم ضربوا ببندقيتين فاصابت احداهما زيداً المذكور في خاصرته اليمنى وخرجت من اليسرى وضربوه ايضاً بسكين في صدره فمات من ذلك من ساعته ولا يعلم الورثة من ضربه من الجماعة وجاؤا بشاهدين شهدا كذلك وانهما لا يعلمان من ضربه منهم ويعلمان انه مات من الضرب الحاصل من بين الخمسة انفار المذكورين فكيف الحكم؟ الجواب شرط الدعوى العلم بالمدعى عليه وتعيينه لنصب الحكم عليه فحيث

لم يعلم الضارب ولم يعين لا تسمع الدعوى على جميع الضاربين كما افتى بذلك الخير الرملي اه وفيها ايضاً ادعى انه عم الميت لا بد ان يفسر انه لابيه او امه كما في الخانية ويشترط ايضاً ان يقول وهو وارثه ولا وارث له سواه كما في العمادية اه

❋ المادة ١٦١٨ ❋ يشترط حضور الخصم حين الدعوى

لانه لا يقضى على غائب ولا له الا بحضور نائبه حقيقةً كوكيله ووصيه ومتولي الوقف او نائبه شرعاً كوصي نصبه القاضي والمستفاد من هذا الاستثناء ان القاضي انما يحكم على الغائب او الميت او الواقف فيما يتعلق به وعلى الوقف فيما يتعلق به لا على الوكيل والوصي والمتولي فيكتب في السجل انه حكم على الميت وعلى الغائب بحضرة وصيه وبحضرة وكيله (در مختار ورد محتار ملخصاً) وسياتي تمام ذلك في شرح المادة ١٨٣٠

واذا امتنع المدعى عليه عن المجيء الى المحكمة وعن ارسال وكيل عنه فيعامل وفقاً لما سيذكر في كتاب القضاء

وفي تكملة رد المحتار قال في البحر ولم يذكر الشارحون هنا حكم استيفاء ذي الحق حقه من الغير بلا قضا واحببت جمعه من مواضعه تكثيراً للفائدة: فان كان حد قذف فلا يستوفيه بنفسه لان فيه حق الله تعالى اتفاقاً. وان كان عيناً ففي اجارة القنية ولو غاب المستاجر بعد السنة ولم يسلم المفتاح الى الآجر فله ان يتخذ مفتاحاً اخر ولو اجره من غير اذن الحاكم جاز اه. وقد صارت حادثة الفتوى مضت المدة وغاب المستاجر وترك متاعه في الدار فافتيت بان له ان يفتح الدار ويسكن فيها واما المتاع فيجعله في ناحية الى حضور صاحبه ولا يتوقف الفتح على اذن القاضي اخذاً مما في القنية. وفي غصب منية المفتي اخذت اغصان شجرة انسان هواء دار اخر فقطع رب الدار الاغصان فان كانت الاغصان بحال يمكن لصاحبها ان يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ضمن القاطع وان لم يمكن لا يضمن اذا قطع من موضع لو رفع الى الحاكم امره بالقطع من ذلك الموضع. وان كان ديناً ففي مداينات القنية رب الدين اذا ظفر بجنس حقه من مال المديون على صفته فله اخذه بدون رضاه ولا ياخذ خلاف جنسه كالدراهم والدنانير وعن ابي بكر الرازي له اخذ الدراهم بالدنانير استحساناً لا قياساً ولو اخذ من الغريم جنس الحق غير رب الدين ودفعه لرب الدين قال ابن سلمة هو غاصب والغريم غاصب الغاصب فان ضمن الآخذ لم يصر قصاصاً بدينه وان ضمن الغريم صار قصاصاً وقال

نصير بن يحيى صار قصاصه بدينه والآخذ معين له وبه يفتى ولو غصب غير الدائن جنس الدين من المديون فغصبه من الدائن فالمختار هنا قول ابن سلمة وظاهر قول اصحابنا ان له الاخذ من جنسه مقراً كان او منكراً له بينة او لا ولم ار حكم ما اذا لم يتوصل اليه الا بكسر الباب ونقر الجدار وينبغي ان له ذلك حيث لا يمكن الاخذ بالحاكم واذا اخذ غير جنس بغير اذنه فتلف في يده ضمن ضمان الرهن كما في البزازية ولم ار حكم ما اذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما ينبغي ان يجوز اه

✻ المادة ١٦١٩ ✻ يشترط ان يكون المدعى به معلوماً

فيلزم بيان جنسه وقدره بالاجماع لان الغرض الزام المدعي عليه عند اقامة البينة ولا الزام فيما لا يعرف جنسه وقدره قال في البحر واشار باشتراط معلومية الجنس والقدر الى انه لا بد من بيان الوزن في الموزونات وفي دعوى وقر رمان وسفرجل لا بد من ذكر الوزن للتفاوت في الوقر ويذكر انه حامض او حلو او صغير او كبير وفي دعوى الابريسم بسبب السلم لا بد من ذكر الشرائط وهو المختار وفي القطن يشترط بيان انه بخاري او خوارزمي ولا بد من ذكر النوع والوصف مع ذكر الجنس والقدر في المكيلات ويذكر في السلم شرائطه من اعدام جنس راس المال وغيره ونوعه وصفته وقدره بالوزن ان كان وزنياً وانتقاده بالمجلس حتى يصح ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلا خلاف وعلى هذا في كل سبب له شرائط قليلة يكتفى بقوله بسبب كذا صحيح وان ادعى ذهباً او فضة فلا بد من بيان جنسه ونوعه ان كان مضروباً وصفته كجيد او وسط او ردي اذا كان في البلد نقود مختلفة (تكملة ملخصاً) ٠ وفي الخيرية لا تسمع دعوى التمليك ما لم يبين انه بعوض او بلا عوض اه ٠ وفي جامع الفصولين ادعى على اخر عيناً بيده وقال كان هذا ملك ابي ومات وتركه ميراثاً لي ولفلان وعد الورثة الا انه لم يبين حق نفسه اي حصته فبرهن يسمع ولكن اذا آل الامر الى المطالبة بالتسليم لا بد من بيان حصته ولو بين حصته ولم يبين عدد الورثة لم تصح هذه الدعوى ما لم يبين عدد الورثة لجواز ان تكون حصته انقص مما سمى اه

ولا تصح الدعوى اذا كان مجهولاً

اذ فائدة الدعوى القضا بها ولا يقضى بمجهول ولكن يستثنى من ذلك دعوى الوصية بان ادعى حقاً من وصية او اقرار فانهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الابراء

بالمجهول بلا خلاف (تكملة) كذلك انظر المادة ١٦٢١

﴿المادة ١٦٢٠﴾ معلومية المدعى به اما بالاشارة واما بالوصف والتعريف فاذا كان عيناً منقولاً وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالاشارة اليه كافية

بل هي اقصى ما يمكن من التعريف والمراد بالاشارة الاشارة باليد كما سياتي في المادة ١٦٢١ فيقول هذه العين لي والاشارة بالراس لا تكفي الا اذا علم باشاراته الاشارة الى العين المدعى بها (خانية)

وان لم يكن حاضراً فتعلم بالوصف والتعريف و بيان قيمته

فبالوصف فقط لا يمكن معرفة العين بل لا بد من بيان قيمتها لان القيمة شيء تعرف العين بها فلا يغني التوصيف عنها وفي التكملة لا يشترط ذكر اللون والسن في الدابة وفيه خلاف وقال السيد ابو القاسم وهذه التعريفات للمدعى به لازمة اذا اراد اخذ عينهِ او مثله في المثلي اما اذا اراد اخذ قيمته في القيمي فيجب ان يكتفى بذكر القيمة اه . وفي البزازية وصف المدعي المدعى به فلما حضر خالف في البعض ان ترك الدعوى الاولى وادعى الحاضر تسمع لانها دعوى مبتدأة والا فلا اه . وفي جامع الفصولين لا يشترط ذكر اللون والشية في الدابة حتى لو ادعى حماراً وذكر شيته وبرهن على وفق دعواه فاحضر المدعى عليه حماراً فاتفق المدعي وشهوده ان هذا هو الذي ادعاه فنظر فاذا بعض شياته على خلاف ما قالوا بان ذكر الشهود انه مشقوق الاذن وهذا الحمار غير مشقوق الاذن قالوا لا يمنع هذا ان يقضى للمدعي ولا تختل به شهادتهم وفي عبث ادعى قناً تركياً و بين صفاته وطلب احضاره ليبرهن فاحضر المدعى عليه قناً خالف بعض صفاته بعض ما وصفه فقال المدعي هذا ملكي و برهن تقبل قالوا وهذا الجواب يستقيم فيما لو ادعى انه ملكه فقال هذا ملكي ولم يزد عليه تسمع دعواه ويجعل كأنه ادعاه ابتداء فاما اذا قال هذا هو القن الذي ادعيته اولاً لا تسمع للتناقض .اقول هذا يخالف ما قبله فظهر ان فيه اختلافاً ولكن ينبغي ان لا تقبل لظهور الكذب وتختل به الشهادة اه

وان كان عقاراً يعين ببيان حدوده وان كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره كما يتضح في المواد الآتية

وفي دعوى العقد من بيع واجارة ووصية وغيرهما من اسباب الملك لا بد من بيان الطوع والرغبة بان يقول باع فلان منه طائعاً وراغباً في حال نفاذ تصرفه لاحتمال الاكراه وفي ذكر التخارج والصلح عن التركة لا بد من بيان انواع التركة وتحديد العقار و بيان قيمة كل نوع ليعلم ان الصلح لم يقع على ازيد من قيمة نصيبه لانهم لو استهلكوا التركة ثم صالحوا المدعي على ازيد من نصيبه لم يجز عندهم كما في الغصب اذا استهلكوا الاعيان وصالحوا وفي البيع مكرهاً لا حاجة الى تعيين المكره (بحر). ولو ادعى مسيل ماء في دار آخر لا بد ان يبين انه مسيل ماء المطر او ماء الوضوء. وينبغي ان يعين موضع المسيل انه في مقدم البيت او مؤخره ولو ادعى طريقاً في دار الاخر ينبغي ان يبين طوله وعرضه وموضعه من الدار (جامع الفصولين). وفيه وفي دعوى الاكراه على بيع وتسليم ينبغي ان يقول بعته مكرهاً وسلمته مكرهاً ولي حق فسخه فافسخه ولو قبض ثمنه يذكر وقبضت ثمنه مكرهاً ويبرهن على كل ذلك اما لو ادعى عليه انه ملكه وفي يده بغير حق لا تسمع اذ بيع المكره يفيد الملك بقبضه فالاسترداد بسبب فساد البيع ينبغي ان يكون كذلك ولو ادعى فساد البيع يستفسر عن سبب فساده لجواز ان يظن الصحيح فاسداً اه. وفي التنوير وشرحه للعلائي وفي دعوى الايداع لا بد من بيان مكانه سواء كان له حمل اولا وفي الغصب ان له حمل ومؤنة فلا بد لصحة الدعوى من بيانه والا فلا. وفي غصب غير المثلي يبين قيمته يوم غصبه على الظاهر اه. وانما يشترط بيان مكان الايداع مطلقاً لان المودع عليه ان يخلي بينه وبين الوديعة وليس عليه ان ينقلها اليه مطلقاً فلا بد من بيان مكان الايداع حتى يلزمه بتسليمها فيه رفعاً للضرر عنه ولا فرق بين ماله حمل او لا وفي الغصب يلزم بيان مكانه اذا كان له حمل لما نصوا عليه من انه يجب رد عين المغصوب في مكان غصبه ان كان قائماً فلا بد من بيانه ان كان للمغصوب حمل ومؤنة لاختلاف القيمي باختلاف الاماكن بخلاف ما لا حمل ولا مؤنة له (تكملة ملخصاً)

✻ المادة ١٦٢١ ✻ اذا كان المدعى به عيناً منقولاً وحاضراً في المجلس يدعيه المدعي بقوله هذا لي ، مشيراً اليه بيده ، وهذا الرجل وضع يده عليه بغير حق فاطلب اخذه منه

وانما يشير في يده ويقول انه في يده بغير حق لاحتمال كونه مرهوناً في يده او محبوساً عنده بالثمن فان الشيء قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لاجل قبض الثمن قال صدر الشريعة هذه علة تشتمل العقار ايضاً فما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم؟ اقول دراية وجهه موقوفة على مقدمتين احداهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد والثانية ان الشبهة معتبرة يجب رفعها لا شبهة الشبهة فاذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فان فيه مشاهدة فوجب دفعها في دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا يعتبر واما في اليد في المنقول فلكونهِ مشاهداً لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب رفعها لتصح الدعوى اهـ. قال المولى عبد الحليم قد نشأ من صدر الشريعة هذا كلمات للفضلاء المتاخرين وعد كل منهم ما طولوا تحقيقاً وما لخصوا تدقيقاً وقد وقع بينهم تدافع فذيلوا كلامهم بالحمد لله على كونهم مهتدين لما منحوا أقول ومن الله التوفيق وبيده ازمة التحقيق والتدقيق انه لا خفاء في انه لا اختصاص لقوله بغير حق بالمنقول لان مفاده دفع احتمال كون المدعى مرهوناً او محبوساً بالثمن في يده ففي المنقول كما احتيج الى هذا الدفع احتيج اليه في العقار ايضاً ومن ذلك المشايخ صرحوا في هذا الدفع بانه وجب ان يقول في المنقول بغير حق وان يذكر في العقار انه يطالبه لان ظاهر حال الطالب انه لا يطالبه الا اذا كان له الطلب وذا لا يكون الا اذا كان في يد غيره بحق فمطالبته بالعقار تتضمن قوله بغير حق ولذلك دفع هذا الاحتمال كما صرح به في الهداية وايضاً لا اختصاص في المطالبة بالعقار الا ان وجوبها لما كان بعد احضار المنقول وتضمنها طلب الاحضار في الجملة لم يحتاجوا الى التصريح بها واذا عرفت هذا ظهر ان اشكال صدر الشريعة ساقط وانه لا فرق بينهما في الاحتياج الى هذا الدفع نعم وجد الفرق بينهما وهو ان المنقول لما غلب فيه الاعارة والرهن بل البيع وجرى الغصب عليه بالاتفاق دون العقار اوجبوا في المنقول التصريح بانه في يده بغير حق واكتفوا في العقار بتضمن كلامه هذا المعنى اهـ ملخصاً عن التكملة. وفيها لو انكر المدعى عليه كون المدعى في يده فبرهن المدعي انه كان في يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل يقبل ويجبر باحضاره؟ قال في جامع الفصولين ينبغي ان يقبل اذا لم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بالشك واقره في البحر وجزم به القهستاني

ورده في نور العين بان هذا استصحاب وهو حجة في الدفع لا في الاثبات ولا شك ان ماذكره من قبل الاثبات ، قال صاحب التوضيح ومن الحجج الفاسدة الاستصحاب وهو عند الشافعي حجة في كلما يثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك في بقائه وعندنا حجة للدفع لا الاثبات اذ الدليل الموجب لايدل على البقا وهذا ظاهر اه

وان لم يكن حاضراً في المجلس وامكن جلبه واحضاره بلا موءنة يجلب الى مجلس الحكم ليشار اليه في الدعوى والشهادة او في اليمين

قال في غاية البيان ثم اذا حضر ذلك الشيء الى مجلس القاضي فشهدوا انه له ولم يشهدوا بانه ملكه يجوز لان اللام للتمليك (تكملة)٠وفي الخانية وينبغي للقاضي ان يكلف المدعى عليه احضار العين فان ابى حبسه شهرين فان احضر عيناً من ذلك الجنس قال للمدعي أهذا الذي ادعيته فان صدقه اخذه وان كذبه يكلف المدعى عليه احضار عين اخرى الى ان يوافقه المدعي في ذلك فان عجز المدعى عليه وظهر عجزه يقضي عليه بالقيمة والقول قوله فيها اه ٠ وهذا اذا كان المدعى عليه منكراً فلو مقراً فلا حاجة الى احضار العين بل يوءمر بردها (خانية)

وان لم يمكن احضاره بلا موءنة عرفه المدعي و بين قيمته

ليصير المدعى به معلوماً لان الاعيان تتفاوت والشرط ان تكون الدعوى في معلوم وقد تعذرت مشاهدته فوجب ذكر قيمته لانها خلف عنه٠قال الفقيه ابو الليث يشترط مع ذكر القيمة ذكر الذكورة والانوثة٠وقال قاضيخان وصاحب الذخيرة ان كانت العين غائبة وادعى انها في يد المدعى عليه فانكر ان بيّن المدعي قيمتها وصفتها تسمع دعواه وتقبل بينته (درر)٠ويشترط ايضاً مع ذكر الانوثة والذكورة ذكر النوع بان يقول فرس او حمار ولا يكفي ذكر اسم الدابة لانها مجهولة (هندية)

ثم انه اذا تعذر احضار العين مع بقائها كرحى وصبرة طعام وقطيع غنم فالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان لم يتيسر له الحضور و كان ماذوناً بالاستخلاف بعث امينه الى ذلك وهو نظير ما اذا كان القاضي يجلس في داره ووقعت الدعوى في جمل لا يسع باب داره فانه يخرج الى باب الدار او يامر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته ولو لم تكن العين باقية بل هالكة او غائبة بحيث

لا يمكن احضارها ولا حضور القاضي او نائبه لبعد المسافة او مانع اخر فيكتفى بذكر قيمتها (تكملة ملخصاً)

ولكن لا يلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن فلو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته بل ولو قال لا اعرف قيمته

وذلك لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان قيمته لتضرر به وفائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر ونكل عن اليمين (درر) . وفائدة هذه الدعوى ايضاً الحبس فعامة المشايخ عَلَى ان هذه الدعوى والبينة تقبل ولكن في حق الحبس لا الحكم وقدر الحبس بشهرين (خانية) . والحاصل انه في دعوى الرهن والغصب لا يشترط بيان الجنس والقيمة لصحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب والمرتهن مع اليمين (تكملة عن البحر) . وفي الخيرية ادعى على اخر انه غصب من كرمه وقراًمن العنب وقطع من اشجاره كذا وقراً من الحطب قيمته كذا واستهلكه فلا تصح دعواه ولا بد من بيان نوع العنب ووزنه لكونه مثلياً و بيان ذلك في المثلي شرط لصحة الدعوى ولا بد ايضاً من بيان نوع الحطب وان كان قيمياً لان القيمة تتفاوت بتفاوت النوع والصفة واذا شرطُ ذلك في الدعوى شرط ايضاً في الشهادة وذلك ليتصور للحاكم ما يحكم به للمدعي اه ملخصاً

فائدة : صورة دعوى الغصب ان يقول غصب مني كذا اما لو قال هذا ملكي وذو اليد احدث يده عليه بغير حق فهذا لا يكون دعوى غصب على ذي اليد وكذا لو قال المدعي في دعواه هذا ملكي كان في يدي وان صاحب اليد احدث يده عليه بغير حق ولو قال هو ملكي وكان في يدي الى ان احدث المدعى عليه يده عليه بغير حق يكون هذا دعوى الغصب على ذي اليد (خانية وجامع الفصولين)

❊ المادة ١٦٢٢ ❊ اذا كان المدعى به اعياناً مختلفة الجنس والنوع والوصف يكفي ذكر قيمتها جملة ولا يلزم تعيين قيمة كل منها على حدة

لانه لما صح دعوى الغصب بدون بيان فلان يصح اذا بين قيمة الكل جملة بالاولى وهذا كلهُ في دعوى العين لا الدين فلو ادعى قيمة شيء مستهلك اشترط بيان

جنسه ونوعه في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي (درمختار) فالجنس كالذهب مثلاً او الفضة او النحاس والنوع ففي الذهب يبين انه من نوع كذا وكذا وفي الحنطة يبين انها حورانية او بلدية او سلمونية سقية او برية و يبين ايضاً صفتها بانها جيدة او ردية وقدرها بان يقول كذا قفيزاً وسبب الوجوب ذكره ابن ملك (تكملة)

﴿ المادة ١٦٢٣ ﴾ اذا كان المدعى به عقاراً يلزم في الدعوى والشهادة ذكر بلده وقريته او محلته وزقاقه

فيبدا بالاعم ثم بالاخص فالاخص كما في النسب وهو قول محمد وقيل يبدا بالاخص ثم الاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا وقول محمد احسن اذ العام يعرف بالخاص لا بالعكس (تكملة) . قلت والظاهر من متن المادة اختيار قول محمد بدليل تقديم الاعم على الاخص في الذكر فافهم

تنبيه : لو طلب المدعي من القاضي وضع المنقول على يد عدل فان كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه وان فاسقاً اجابه وفي العقار لا يجيبه الا في الشجر الذي عليه ثمر لان الثمر نقلي ، كذا في الفتاوى الصغرى

وحدوده الاربعة او الثلاثة واسماء اصحاب حدوده ان كان لها اصحاب واسماء آبائهم واجدادهم ولكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف والمشهور وشهرته فقط ولا حاجة الى ذكر اسم ابيه وجده

بل يكفي ذكر اسمه فقط لحصول المقصود فلو ذكر لزيق دار فلان ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه اذ الحاجة اليهما لاعلام ذلك الرجل ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٢٥ مارث ٣٠٩ موءداه اذا لم يذكر في الاعلام اسماء آباء اصحاب الحدود واجدادهم فالحكم ينقض (ج . م عد ٧٣٩) . ثم الظاهر من هذه الفقرة انه يكفي ذكر الحدود الثلاثة فقط فلو ترك الرابع صح لان للاكثر حكم الكل فيجعل الرابع بازاء الثالث حتى ينتهي الى مبدا الحد الاول (فصولين) . وحكم الشاهد كالمدعي فلو ذكر الثلاثة وترك الرابع صحت شهادته ولكن لو ذكر الحد الرابع وغلط فيه بطلت الدعوى والشهادة وهو المفتى به لان المدعى يختلف به ولا كذلك بتركه ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن

ولو ذكروه واختلفوا فيه لم تقبل كما في الزيلعي ٠ ثم ان الغلط انما يثبت باقرار الشاهد اما لو ادعاه المدعى عليه لا تسمع ولا تقبل بينته لان دعوى غلط الشاهد من المدعى عليه انما تكون بعد دعوى المدعي وجواب المدعى عليه فقد صدقه ان المدعى بهذه الحدود فيصير بدعوى الغلط متناقضاً او لان تفسير دعوى الغلط ان يقول المدعى عليه احد الحدود ليس ما ذكره الشاهد او يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم فكل ذلك نفي والشهادة على النفي لا تقبل (فصولين)٠ وفيه اقول لو قال بعض حدوده كذا لا ما ذكره الشاهد والمدعي ينبغي ان تقبل بينته عليه من حيث اثباته ان بعض الحدود كذا فينفي ما ذكره المدعي ضمناً فيكون شهادة على الاثبات لا عَلَى النفي و يدل عليه مسألة ذكرت في فصل التناقض ادعى داراً محدودة فاجاب المدعى عليه انه ملكي وفي يدي ثم ادعى ان المدعي غلط في بعض حدوده لم يسمع لان جوابه اقرار بانه بهذه الحدود وهذا اذا اجاب بانه ملكي اما لو اجاب هذا ليس بمالك ولم يزد عليه يمكن الدفع بعده بخطا الحدود ، كذا حكي عن ط انه لقن المدعى عليه الدفع بخطا الحدود ، اقول دل هذا على ان المدعى عليه لو برهن على الغلط يقبل فدل على ضعف الجوابين المذكورين فالحق ينبغي ان يكون على هذا التفصيل ٠ ولو غلط الشهود في حدين او حد واحد ثم تداركوا في المجلس او غيره يقبل عند امكان التوفيق بان يقول كان اسمه فلان ثم اسمه فلان او باع فلان واشتراه المذكور اه ٠ ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٢٤ نيسان ٣١١ مؤداه اذا اختلف الخصمان في تحديد العقار المدعى به فيجب اجراء الكشف عليه لاجل تحقيق الحدود وتعيينها (ج ٠ م عد ٩١)

تنبيهات : لو كان الحد الرابع ملك رجلين لكل منهما ارض على حدة فذكر في الحد الرابع لزيق ملك فلان ولم يذكر الاخر يصح وكذا لو كان الرابع لزيق ارض ومسجد فذكر الارض لا المسجد يجوز وقيل الصحيح انه لا يصح الفصلان اذا جعل الحد الرابع كله لزيق فلان فاذا لم يكن كله ملك فلان فدعواه لم تتناول هذا المحدود فلا يصح كما لو غلط في احد الاربعة بخلاف سكوته عن الرابع ٠ لو كان المدعى ارضاً وذكروا ان الفاصل شجرة لا يكفي اذ الشجرة لا تحيط بكل المدعى به والفاصل يجب ان يكون محيطاً بكل المدعى به حتى يصير معلوماً ٠ لو ذكر في الحد لزيق ارض الوقف لا يكفي وينبغي ان يذكر انها وقف على الفقراء او على مسجد كذا ونحوه او في يد من او ذكر الواقف ولو كتب لزيق ارض ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح

وقيل لا اذ الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبة وذو رحم · كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حداً ١· الطريق يصلح حداً ولا حاجة فيه الى بيان طوله وعرضه وظاهر المذهب ان النهر والسور والخندق تصلح حداً وهو قول الامامين ولو حد بانه لزيق ارض فلان ولفلان في القرية التي فيها الارض المدعاة اراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة · بيّن حدود المدعى ولم يبين انه كرم او ارض او دار وشهدا كذلك قيل لا تسمع الدعوى ولا الشهادة وقيل تسمع لو بين المصر والمحلة والموضع · ادعى عشر دبرات ارض وحد التسع لا الواحدة لو كانت هذه الواحدة في وسط التسع تقبل ويقضى بالجملة لا لو على طرف · ادعى سكنى دار وبين حدودها صح وان كان سكنى الدار نقلياً لانه لما اتصل بالارض اتصال تأبيد كان تعريفه بما به تعريف الارض اذ في سائر النقليات انما لا يعرف بالحدود لامكان احضاره فيستغنى بالاشارة اليه عن الحد اما السكنى فنقله لا يمكن لانه مركب في البنا تركيب قرار فالتحق بما لا يمكن نقله اصلاً · ومنه يظهر حكم حادثة الفتوى وهي ما لو اراد متولي ارض وقف معلومة انتزاعها من يد مستاجرها بعد مضي مدة الاجارة وكان المستاجر قد غرس وبنى فيها باذن متوليها بحق القرار فاثبت بناه واشجاره الموضوعة في الارض على الوجه المذكور لدى الحاكم الشرعي بذكر حدود الارض فقط من غير اشارة الى البنا والاشجار وحكم له الحاكم بحق القرار فيها فانه يصح هذا · شرى علو بيت ليس له سفل يحد السفل لا العلو اذ السفل مبيع من وجه من حيث ان قرار العلو عليه فلا بد من تحديده وتحديده يغني عن تحديد العلو اذ العلو عرف بتحديد السفل لان السفل اصل والعلو تبع فتحديد الاصل اولى · وفي الفصولين لو جعل احد الحدود ارض المملكة يصح وان لم يذكر انها في يد من لانها في يد السلطان بواسطة نائبه (تكملة ملخصاً) ·

وفي الهندية رجل ادعى داراً في يد رجل فقال له القاضي هل تعرف حدود الدار قال لا ثم ادعاها وبين الحدود لا تسمع اما اذا قال لا اعرف اسامي اصحاب الحدود ثم ذكر في المرة الثانية فتسمع ولا حاجة الى التوفيق ولو انه قال لا اعرف الحدود ثم ذكر الحدود وقال عنيت بقولي لا اعرف الحدود لا اعرف اسماء اصحابها قبل ذلك منه وتسمع دعواه ولو ادعى على رجل انه وضع على حائط له خشباً او اجرى على سطحه ماء او في داره ميزاباً او ادعى انه فتح في حائط له باباً او بنى على حائط له بناء او ادعى انه رمى التراب او الزبل في ارضه او غرس شجراً او ما فيه فساد الارض وصاحب

الارض يحتاج الى رفعه ونقله وصحح دعواه بان بيّن طول الحائط وعرضه وموضعه
وبين الارض بذكر الحدود وموضعها فان انكر المدعى عليه يستحلفه على السبب ولو
كان صاحب الخشب هو المدعي وقال كان لي على حائط هذا الرجل خشب فوقع او
قلعته لاعيده وان صاحب الحائط يمنعني عن ذلك لا تسمع دعواه ما لم يصحح بان
يبين موضع الخشب وان له حق وضع خشبة او خشبتين او ما اشبه ذلك ويبين
غلظ الخشبة وصفتها فاذا صحت الدعوى وانكر المدعى عليه يحلفه القاضي على الحاصل
بان ما لهذا في هذا الحائط وضع الخشب الذي يدعي وهو كذا في موضع كذا من
الحائط في مقدم البيت او مؤخره حق واجب له فاذا نكل الزمه القاضي حقه اهـ. وفي
البزازية اذا كان احد الحدود او جميعها متصلاً بملك المدعي لا يحتاج الى ذكر الفاصل
بخلاف اتصاله بملك المدعى عليه او ملك الغير وقيل لو ارضاً فنعم وان بيتاً او داراً او منزلاً
لا لان الجدار فاصل والكرم بمنزلة المنزل لانه ذو جدار وقال ظهير الدين لو ذكر ثلاثة
حدود وقال في الحد الرابع ملك المدعى عليه ولم يذكر الفاصل يصح لانه كالسكوت
عن الحد الرابع اهـ. اما دعوى الشفعة فقد تقدم الكلام عليها في شرح المادة ١٠٣١

كذلك لا يشترط بيان حدود العقار في الدعوى والشهادة اذا كان
مستغنياً عن التحديد لشهرته وايضاً اذا ادعى المدعي بقوله ان العقار المبينة
حدوده في هذا السند هو ملكي تصح دعواه

وكذا لو قال ان المدعي عليه مديون لي بالمبلغ المسطر في هذا السند. ثم انه في
دعوى العقار يذكر ايضاً انه اي العقار في يد المدعى عليه ليصير خصماً لانه لا يصير
خصماً إلا اذا كان العقار في يده (انظر مادة ١٦٣٥) وانما خصصنا العقار بالذكر لان
الكلام فيه والا فالمنقول كذلك ويذكر ايضاً انه يطالبه به سواء كان المدعى عيناً
او ديناً او عقاراً او منقولاً فلو قال لي عليه عشرة دراهم ولم يزد لم تصح وقيل تصح
وهو الصحيح (تكملة عن القهستاني)

※ المادة ١٦٢٤ ※ اذا اصاب المدعي في بيان الحدود نخطاؤه في
ذرع العقار او مقدار دونمه بزيادة او نقصان لا يمنع صحة دعواه

وفي الخانية رجل ادعى محدودة وذكر حدودها وقال في تعريفها وفيها اشجار

وكانت المحدودة بتلك الحدود ولكنها خالية عن الاشجار لا تبطل الدعوى . وكذا لو ذكر مكان الاشجار الحيطان ولو كان المدعي قال في تعريفها ليس فيها شجر ولا حائط فاذا فيها اشجار عظيمة لا يتصور حدوثها بعد الدعوى الا ان حدودها توافق الحدود التي ذكر تبطل دعواه ولو ادعى ارضاً ذكر حدودها وقال هي عشر دبرات ارض او عشر جرب فكانت اكثر من ذلك لا تبطل دعواه وكذا لو قال هي ارض يبذر فيها عشرة مكاييل فاذا هي اكثر من ذلك او اقل الا ان الحدود وافقت دعوى المدعي لا تبطل الدعوى لان هذا خلاف يحتمل التوفيق وهي غير محتاجة اليه اه . وفيها ادعى داراً وذكر ان فيها كذا بيتاً فاذا هو انقص اختلفوا فيه اه . وفي البزازية ادعى حديداً مشار اليه وذكر انه عشرة امناء فاذا هو عشرون او ثمانية تقبل الدعوى والشهادة لان الوزن في المشار اليه لغو اه . وفيها اشترى جارية اسمها شجرة الدر واستحقت بذلك الاسم وعند ارادة المشتري الرجوع بالثمن قال استحقت مني جارية اسمها قضيب البان تصح فالدعوى ان قال استحقت علي الجاربة التي اشتريتها منك والغلط في الاسم لا يمنع الدعوى بعد ما عرفها بذلك التعريف ولانه يجوز ان يكون لها اسمان اه

﴿ المادة ١٦٢٥ ﴾ لا يشترط في دعوى ثمن العقار بيان حدوده

اطلاقه يدل على انه لا فرق بين ما اذا كان المبيع مقبوضاً اولا وانه في كل حال لا يشترط تحديده وهو ظاهر كلام الدر المختار كما استظهره صاحب التكملة . وفي الهندية وفي دعوى مال الاجارة المفسوخة لا يشترط تحديد المستاجر اه

﴿ المادة ١٦٢٦ ﴾ اذا كان المدعى به ديناً لزم المدعي ان يبين جنسه ونوعه ووصفه ومقداره فيقول في جنسه انه ذهب او فضة وفي نوعه انه سكة آل عثمان او الانكليز وفي وصفه انه سكة خالصة او زائفة وفي مقداره انه الف مثلاً

ولو كان المدعى به مكيلاً او موزوناً فلا بد ايضاً من ذكر جنسه كحنطة مثلا ونوعه كبلدية او حورانية وصفته كجيدة او ردية وقدره كعشرة اقفزة . وفي مرآة المجلة عن المحيط ويذكر بقفيز كذا لان القفزان تتفاوت اه . وفي الهندية وان ادعى الكيلي مكايلة حتى صحت الدعوى واقام البينة على اقرار المدعى عليه بالحنطة او الشعير ولم

يذكر الصفة في اقراره قبلت بينته في حق الجبر على البيان لا في حق الجبر على الاداء اه

ولكن اذا ادعى كذا غروش على الاطلاق تصح دعواه وتصرف الى الغروش المعهودة في عرف البلدة واذا كان المتعارف نوعين من الغروش وكان احدهما اكثر رواجاً واعتباراً صرف الى الادنى كما انه اذا ادعى كذا عدداً من البشلك تصرف دعواه في زماننا الى البشلك الاسود الذي هو من المسكوكات المغشوشة

لانه الادنى وانما يصرف الى الادنى لانه هو المتيقن ولكن لو ادعى بعد ذلك الاروج هل يصدق ؟ لم اره صريحاً و ينبغي ان قاله موصولاً ان يصدق وان مفصولاً لا للتناقض . وفي جامع الفصولين وفي دعوى البضاعة والوديعة بسبب الموت مجهلاً لا بد ان يبين قيمته يوم موته اذا الواجب عليه قيمته يوم موته وفي دعوى مال المضاربة بموت المضارب مجهلاً لا بد من ذكر ان مال المضاربة يوم موته نقد او عرض لانه لو كان عرضاً فله ولاية دعوى قيمة العرض وفي دعوى مال الشركة بموته مجهلاً لا بد من ذكر انه مات مجهلاً لمال الشركة او للمشتري بمال الشركة اذ مال الشركة مضمون بالمثل والمشتري بمال الشركة مضمون بالقيمة اه . وفيه ادعى انه باع مشتركاً بيني و بينه فاجزته فلزم تسليم نصف الثمن اليّ لم تجز هذه الدعوى ما لم يذكر ان هذا العين كان قائماً بيد المشتري وقت الاجازة ولا بد ايضاً من ذكر رواج الثمن وقت الاجازة فانه لو كسد وقتها لا تعمل الاجازة ولا بد ايضاً من ذكر قبض البائع ثمنه من المشتري اذ الاجازة في الانتهاء كاذن ابتداء والوكيل لا يطالب بتسليم الثمن قبل قبضه من المشتري و يسأل القاضي المدعي ان العين كان مشتركاً بينكما شركة ملك او عقد فلو قال شركة ملك لا بد من ذكر هذه الشروط ولو قال شركة عقد لا حاجة الى قيام العين وقت الاجازة اذ العقد نفذ حال وجوده ولكن يشترط قبض الثمن ثم ان اجازة المالك تصح لو اجازه قبل الخصومة حتى لو خاصم الغاصب وطلب من القاضي ان يحكم له بالملك ثم اجاز البيع فعلى قول ابي حنيفة لا تصح اجازته وذكر في شرح الحيل ان الاجازة تصح في ظاهر الرواية اه . وفي الانقروي عن المحيط

ارادت المراة اثبات بقية مهرها على الزوج فلها ذلك وان لم يكن لها حق المطالبة ببقية المهر في الحال وكذلك من له الدين المؤجل اذا اراد اثباته فله ذلك وان لم يكن له حق المطالبة في الحال اه . وفيه عن التتارخانية رجل مات وترك ابنين فادعى احدهما ان لابيهما على هذا الرجل الف درهم من ثمن مبيع وادعى الاخر انه كان من قرض واقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى فانه يقضى لكل واحد بخمسمائة ليس لاحدهما ان يشارك صاحبه فيما قبض اه . وفيه عن النصاب رجل اشترى من رجل عبداً ثم مات وادعى البائع الثمن على ورثته ومات العبد وقال الورثة لا ندري ما ثمنه وحلفوا ما تعلمون انه اشتراه بما ادعاه البائع ولا تعلمون ما ثمنه يقال لهم لا بد لكم من ان تقروا بشيء لانكم اقررتم ان على ابيكم شيئاً لهذا البائع واحول بينهم وبين المال واضعه على يد عدل حتى بينوا ما على ابيهم من الثمن كمن اقر رجل على ابيه بدين وقال لا اعلم ما هو لا بد ان يقر بشيء والا حلت بينه وبين تركة ابيه اه . وفيه عن الخلاصة رجل ادعى على اخر مالاً معيناً وبين السبب انه آجر منه محدوداً وسلم اليه ولم يذكر انه اجر وهو يملكه وكذا الشهود لم يذكروا ذلك صحت الدعوى والبينة بخلاف دعوى الشرا والوقف لان الغاصب لو اجر المغصوب يستحق الاجر اه

❊ المادة ١٦٢٧ ❊ اذا كان المدعى به عيناً فلا يلزم بيان سبب الملكية بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله هذا المال لي

وان بين السبب فقال هو ملكي بسبب وقوعه في حصتي عند القسمة فلا من ان يذكر ان القسمة كانت بالقضا او بالرضا كما في البزازية . وفيها ادعى شيئاً بسبب الشرا، ان ادعاه من صاحب اليد يحتاج الى اثبات العقد فحسب . وذكر في الجامع انه يشترط ايضاً والبائع يملكه وان ادعاه من غيره لا يصح حتى يذكر احد الاشياء الثلاثة اثبات الملك لبائعه وقت العقد او اثبات الملك لنفسه في الحال او اثبات القبض والتسليم ولا بد من ذكر الثمن فيهما اه . وفي الخانية ومن اشترى شيئاً فوجده في يد غيره قبل ان ينقد الثمن لا يكون له ان ياخذه من صاحب اليد الا ان يدعي الوكالة بالقبض من البائع اه . وفيها ادعى انه ملكه اشتراه من فلان وهو يملكه ولم يبين الثمن لا تقبل ولو قال اشتريت ونقدت الثمن تقبل وان لم يبين الثمن اه . والفرق انه اذا لم يقل نقدت الثمن كان العقد قائماً ولم يكن منتهياً فكان المدعى هو العقد والقضا

بالعقد لا يمكن الا بالقضا بالثمن وانه مجهول واذا قال نقدت الثمن كان العقد منتهياً فكان المدعى هو الملك والقضا بالملك ممكن (انقروي عن القاعدية)

اما اذا كان ديناً فيُسأل عن سببه وجهته • يعني انه يسأل هل هو ثمن مبيع او اجرة او دين من جهة اخرى والحاصل انه يسأل من اية جهة كان ديناً

فلو ادعى كر بر ديناً ولم يذكر سبباً لم تسمع (در مختار) وكذا لو ادعى مالاً بسبب حساب جرى بينهما لان الحساب لا يصلح سبباً لوجوب المال (هندية) ولو ادعى ديناً بسبب الكفالة لا تسمع دعواه ما لم يبين سبب الكفالة لجواز ان يكون كفل كفالة باطلة اذ الكفالة بنفقة المرأة اذا لم تذكر مدة معلومة لا تصح الا ان يقول ماعشت او مادمت في نكاحه وكذا لا تصح الكفالة بالدية عَلَى العاقلة ولا بد ان يقول واجاز المكفول له الكفالة في مجلسها ولا يشترط بيان المكفول عنه (تكملة)• ولكن في الانقروي عن نصاب الفقهاء ان ذكر الاجازة ليس بشرط في الدعوى ودعوى الكفالة تتضمن الاجازة كما لو ادعى البيع لا يحتاج الى قوله هو باع وانا اشتريت اه• قلت وما في النصاب اولى لانه موافق لما مر في المادة ٦٢١ من المجلة من ان الكفالة تنعقد وتنفذ بايجاب الكفيل فقط وعليه فاية حاجة الى ذكر كون المكفول له قد قبلها واجازها في مجلس الكفالة فتنبه • ولو ادعى ثمن مبيع غائب فلا تسمع دعواه ما لم يقل انه سلمه للمشتري (هندية)

ثم لقد اختلفوا في وجوب بيان السبب لصحة الدعوى بالدين فاوجبه بعضهم وقال البعض تسمع الدعوى بدونه ولو جاز للقاضي ان يسال المدعي عنه وظاهر هذه المادة اختيار القول الثاني لانها لم توجب على المدعي بيان السبب وانما اجازت سؤاله عنه ويؤيده ما سيأتي في قانون اصول التحليف الذي وضعته لجنة المجلة (انظر شرح المادة ١٧٤٩) من قوله في الصورة الاولى : اذا ادعى المدعي ولم يبين جهة الدين الخ

﴿ المادة ١٦٢٨ ﴾ حكم الاقرار هو ظهور المقر به وليس حدوثه بداءة ولهذا لا يكون الاقرار سبباً للملك وعلى هذا لو ادعى المدعي على المدعى عليه شيئاً وجعل مجرد اقراره سبباً للملك لا تسمع دعواه

اي حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه ولهذا لا يكون الاقرار سبباً للوجوب كما يظهر

من الامثلة الاتية وهذا مفرع على ما قدمناه في شرح المادة ١٥٧٢ من ان الاقرار اخبار من وجه وانشاء من وجه فلكونه اخباراً لايصلح سبباً للوجوب لان الاخبار يحتمل الكذب

مثلاً لو ادعى المدعي فقال ان هذا المال لي وان هذا الرجل الذي هو ذو اليد عليه كان قد اقر بانه مالي تسمع دعواه اما اذا قال ان هذا المال لي لان هذا الرجل الذي هو ذو اليد عليه كان قد اقر بانه مالي فلا تسمع دعواه٠ وكذلك لو ادعى المدعي بقوله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروش من جهة القرض حتى انه هو كان قد اقر بانه مديون لي بهذا المبلغ من هذه الجهة تسمع دعواه اما اذا ادعى ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروش لانه كان قد اقر بانه مديون لي من جهة القرض فلا تسمع دعواه

لانه هنا جعل الاقرار سبباً لوجوب المال بخلاف المثال السابق فصار كانه قال اطالبه بلا سبب لوجوب المال عليه ولزومه باقراره وهذا باطل (رد محتار)٠ وفي الدر المختار لو قال في دعواه لي عليه كذا وقد اقر به وانكر المدعى عليه الاقرار هل يحلف؟ الفتوى انه لا يحلف عَلَى الاقرار بل على المال واما دعوى الاقرار في الدفع فتسمع عند العامة اه٠ قال في التكملة قوله اما دعوى الاقرار في الدفع بان اقام المدعى عليه بينة ان المدعي اقر انه لا حق له قبل المدعى عليه او اقام المدعى عليه بينة ان المدعي اقر ان هذا ملك المدعى عليه فتسمع اه٠ وفي الانقروي عن البزازية ادعى داراً وقال مات ابي وترك هذه ميراثاً بين اختي وبيني وان اختي اقرت بجميعها لي وصدقتها في اقرارها فالصحيح انه لا تصح دعواه لانها دعوى الملك بسبب الاقرار في مقام الاستحقاق وهي لا تقبل اه٠ وفيه عن القنية زوجان تخاصما في الدعاوى مدة مديدة ثم ادعى الزوج اقرارها له بالمدعى في اثناء الخصومة الظاهرة عند القاضي لا تسمع دعواه

﴿المادة ١٦٢٩﴾ يشترط ان يكون المدعى به محتمل الثبوت فالدعوى بما وجوده محال عقلاً او عادةً لا تصح ومن ثم اذا ادعى واحد على من كان اكبر منه سناً او من نسب معروف بانه ابنه لا تصح دعواه

هذا مثال للمستحيل العقلي وانما بطلت الدعوى فيه لتيقن الكذب فيه . ومثال المستحيل العادي كدعوى معروف بالفقر اموالاً عظيمة على اخر انه اقرضها منه دفعة واحدة او غصبها منه حالة كونه لم يرث ولم يصب مالاً فهذه الدعوى لا تسمع لانها مستحيلة عادة (در مختار) . والممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً راجع المادة ٣٨ . اما لو ادعى المعروف بالفقر اموالاً عظيمة ثمن عقار كان له او ادعاه قرضاً بدفعات متعددة فتسمع دعواه وكذا لو قال غصب لي مالاً عظيماً كنت ورثته عن مورثي المعروف بالغنى (تكملة عن البحر) . وفيها عن المنح المعروف بالفقر والحاجة هو من ياخذ الزكاة من الاغنياء وانما لا تسمع دعواه باموال عظيمة اذا ادعاها لنفسه اما لو ادعاها بالوكالة عن غني فتسمع دعواه لان هذا غير مستحيل عادةً اه

﴿ المادة ١٦٣٠ ﴾ يشترط ان تكون الدعوى على تقدير ثبوتها ملزمة للمدعى عليه بشيء ومستوجبة الحكم عليه به . مثلاً لو اعار واحد آخر شيئاً فقام شخص آخر يدعي و يقول انا من متعلقاته فليعرني لا تصح دعواه . كذلك لو وكل واحد اخر بأمر فقام شخص اخر يدعي و يقول انا جاره وبوكالته اولى فليوكلني لا تصح دعواه لان لكل واحد ان يعير ما له من شاء وان يوكل باموره من اراد واذا قدر ثبوت هذه الدعاوى وامثالها فلا يترتب على المدعى عليه حكم

فكانت من ثم عبثاً ومن هذا القبيل ما لو ادعى التوكيل على موكله الحاضر فلا تسمع دعواه لامكان عزله (رد محتار) . وفي الانقروي عن القنية ادعى على اخر انك وكيل في تسليم المتاع الذي اشتريته من فلان بتوكيله اياك لا تسمع لانه وان اثبت وكالته به لا يلزمه التسليم اه . وفيه عن النصاب لو قال اشترى وكيلي منك هذه الدار لاجلي بكذا لا تسمع لان الوكيل بالشرا يشتري لنفسه اولاً وهو لا يملك اثبات الملك للغير اه . وفي الخانية لو قال هذه لي اشتريتها من فلان الذي وكلته بالبيع تسمع دعواه ولو قال هذه لي اشتراها منك فلان وكان وكيلاً لي بالشرا وبرهن لا تسمع عند الامام وتسمع عند ابي يوسف اه

الفصل الثاني

في دفع الدعوى

﴿المادة ١٦٣١﴾ الدفع هو ان يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي

فيه اشعار بان الدفع يجب ان يكون من المدعى عليه و به صرح في الاشباه حيث قال الدفع من غير المدعى عليه لا يصح الا اذا كان من الورثة اه٠اي فانه يسمع دفعه وان كانت الدعوى على غيره لقيام بعضهم مقام الكل حتى لو ادعى واحد على احد الورثة فبرهن الوارث الاخر ان المدعي اقر بكونه مبطلاً في الدعوى تسمع كما في البحر لان احد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما لهم وعليهم انظر المادة ١٦٤٢ ٠ وفي جامع الفصولين المبيع لو استحق من يد المشتري فبرهن البائع على المستحق انه باعه منه قبل ان يبيعه هو من المشتري يسمع هذا من البائع ولو لم تكن الدعوى على البائع اه

تنبيه : يصح دفع الدفع وما زاد عليه وهو المختار (اشباه)

مثلاً اذا ادعى واحد من جهة القرض كذا غروش فقال المدعى عليه كنت اديته لك او كنت ابرأتني منه او كنا تصالحنا عنه او ليس هذا المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته منك او كنت قد احلتك على فلان بدين لي عليه يوازي ذلك القدر فقضيتني اياه كان ذلك دفعاً لدعوى المدعي

ولا فرق فيما اذا قال ذلك بعد انكار المال او الاقرار به قال في التنوير ومن ادعى على اخر مالاً فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على الف وبرهن المدعى عليه على الايفاء او الابراء ولو بعد الحكم بالمال قُبل برهانه لامكان التوفيق لان غير الحق قد يقضى و يبرأ منه دفعاً للخصومة ولكن ان زاد كلمة لا اعرفك او نحوها كمارأيتك (او ماجرى بيني و بينك معاملة او مخالطة او خلطة او لا اخذ ولا عطا او ما اجتمعت معك في مكان٠رد محتار عن البحر) لا يقبل لتعذر التوفيق اه٠وفي الدرر

قال المدعى عليه للمدعي لا اعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الايصال لا تسمع ولو ادعى اقرار المدعي بالوصول او الايصال تسمع اهـ . لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار . ثم رأيت في المقدسي ما يؤيده حيث قال وقالوا فيمن قال لم ادفع ثم قال دفعت لم يقبل للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعي بذلك فيقبل لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار . واجاب صاحب البحر في حادثة هي اذن لمن عليه الدين في دفعه الى اخيه ثم ادعى عليه به وانه لم يدفع فقال دفعت ثم قال لم ادفع فحكم به فجاء الاخ واقر بالدفع له فانه يبرأ لان تصديق الاخ المأذون في الدفع اليه كتصديق المدعي اهـ ملخصاً عن التكملة . وفيها عن عدة الفتاوى انكر البائع البيع فبرهن عليه المشتري فادعى البائع الاقالة يسمع هذا الدفع لان الاقالة فسخ للعقد الذي اثبته الخصم بالبينة ولكن لو ادعى على اخر بانك اشتريت مني هذه الدار فانكر الشرا فلما برهن عليه المدعي ادعى المدعى عليه ايفاء الثمن او الابراء اختلف فيه المتاخرون اما لو ادعى على البائع الرد بالعيب فيسمع دفعه لانه صار مكذباً في انكاره البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم اهـ انظر المادتين ١٦٥٣ و ١٦٥٤ . وفي الانقروي عن البزازية ادعى داراً وبرهن وحكم له بها وباعها المحكوم له من اخر ثم ان المدعى عليه جاء بدفع صحيح والمنزل ليس في يده يصح الدفع في الصحيح اهـ

وكذا لو ادعى على آخر بانك كنت قد كفلت ديني على فلان وقدره كذا وقال المدعى عليه ان المديون اداه لك يكون المدعى عليه قد دفع دعوى المدعي

وينتصب الكفيل خصماً عن المديون بهذه الصورة اذ لا يمكنه دفع الدائن الا بهذا وكذا لو ادعى انه اخذ منه الف درهم بغير حق وهلك عنده وبرهن خصمه انه اخذه بحق تقبل بينة الآخذ لانه يدفع المدعي اذ انه يدعي الضمان ويدفعه بالبينة (جامع الفصولين) . وفي العمادية رجل ادعى على اخر اني دفعت اليك عشرة دراهم قرضاً فقال نعم دفعت ولكن امرتني ان ادفعها الى فلان وقد دفعت اليه واقام البينة فهذا دفع صحيح اهـ

وكذا اذا ادعى عيناً في يد غيره بانه ماله فاجاب المدعى عليه ان فلاناً

كان ادعى هذا المال قبلاً فشهدت بدعواه كان ذلك دفعاً لدعوى المدعي

سواء عقب تلك الشهادة حكم الحاكم او لا كما في مرآة المجلة عن الخلاصة ٠ وفي التكملة ادعى داراً بسبب الشرا من فلان فقال المدعى عليه اني اشتريت من فلان ذلك ايضاً واقام بينة وتاريخ الخارج اسبق فقال المدعى عليه ان دعواك باطلة لان في التاريخ الذي اشتريت هذه الدار من فلان كانت رهناً عند فلان ولم يرض بشرائك واجاز شرائي لانه كان بعد ما فك الرهن واقام بينة لا يصح هذا الدفع كما في الفصول العمادية ٠ ولو كان المدعي ادعى ان هذه العين كانت لفلان رهنها بكذا عندي وقبضتها واقام البينة وقال المدعى عليه في دفع دعواه اني اشتريتها منه ونقدته الثمن كان ذلك دفعاً لدعوى الرهن كما في الخانية ٠ ولو ادعى عليه داراً في يده ارثاً او هبة فبرهن المدعى عليه على انه اشتراها منه و برهن المدعي على اقالته صح دفع الدفع كما في الوجيز ٠ ولو ادعى على اخر ضيعة فقال الضيعة كانت لفلان مات وتركها ميراثاً لاخته فلانة ثم ماتت فلانة وانا وارثها واقام البينة تسمع فلو قال المدعى عليه في الدفع ان فلانة ماتت قبل فلان مورثها صح الدفع كما في الخلاصة ٠ وفي نور العين دعوى الدفع من المدعى عليه ليس بتعديل للشهود حتى لو طعن في الشاهد او في الدعوى يصح اه

كذلك لو ادعى ديناً على تركة الميت واثبت دعواه بعد انكار الوارث ثم ادعى الوارث ان المتوفى كان قد قضى هذا الدين في حياته كان ذلك دفعاً لدعوى المدعي

وكذا لو ادعى الوارث ان الدائن كان قد ابرأ المتوفي حال حياته

فائدة : ادعى المديون الايصال فانكر الدائن ولا بينة للمديون فطلب يمين الدائن فقال اجعل حقي في الختم بمعنى احضر حقي ثم استحلفني له ذلك (تنوير)

تتمة : ادعى على رجل عقاراً او منقولاً ملكاً مطلقاً فقال ذو اليد المدعى عليه قبل تصديقه المدعي في ان الملك له او بعد تصديقه او بعد انكاره كون الملك للمدعي هذا الشيء المدعى به اودعنيه او اعارنيه او اجرنيه او رهنيه زيد الغائب او غصبته منه وبرهن علي ما ذكر والعين قائمة لا هالكة وقال الشهود نعرف الغائب باسمه ونسبه

او بوجهه دفعت دعوى المدعي لان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وهذا قول الامام الاعظم ٠ وقال ابو يوسف ان عرف ذو اليد بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ (ملتقى) ٠ واختاره في المختار لانه قد يتفق ان الرجل يأخذ مال انسان غصباً ثم يدفعه سراً الى مريد سفر فيودعه عند الغاصب بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه فيه اقام ذو اليد بينة على ان فلاناً اودعه منه فيبطل حق المالك ٠ وقال محمد تندفع الدعوى اذا قال الشهود نعرف الغائب باسمه ونسبه وبوجهه ايضاً ٠ وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة مطلقاً لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه وقال ابن ابي ليلى تندفع بدون بينة لاقراره بالملك للغائب ٠ وتعويل الائمة على قول محمد وهذه مخمسة الدعوى لان فيها اقوال خمسة علماء او لان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب وزاد بعضهم ست صور وهي ما لو قال ذو اليد وكلني صاحبه بحفظه او اسكنني فيها زيد الغائب او سرقته منه او انتزعته منه او ضل منه فوجدته او هي في يدي مزارعة غير انهم الحقوا المزارعة بالاجارة او الوديعة والسرقة والانتزاع بالغصب والثلاثة الباقية بالوديعة فلا يزاد على الخمس ٠ ثم ان ما قدمناه من اندفاع الخصومة عن ذي اليد محله فيما اذا ادعى ايداع الكل او عاريته او رهنه الخ اما لو ادعى ان نصفه مثلاً ملكه ونصفه الاخر وديعة في يده لفلان الغائب قيل لا تندفع دعوى المدعي الا في النصف واليه اشار في الجامع الكبير وقيل تبطل في الكل لتعذر التمييز وعليه كلام المحيط والخانية والبحر واختاره في الاختيار ولكن قال في العمادية والفصولين ان في هذا نظراً ، وهذا كله اذا كانت العين قائمة كما قدمنا اما لو كانت هالكة او لم يدع المدعي ملكاً مطلقاً بل ادعى عَلَى ذي اليد الفعل بان قال غصبته مني او سرق مني وبناه للمفعول لدرء الحد عنه فكأنه قال سرقته مني فلا تندفع الخصومة في الكل لانه اذا ادعى عليه الفعل فهو خصم بفعله لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده واذا كانت العين هالكة فالمدعي يدعي قيمتها وهي دين ومحل الدين الذمة فينتصب المدعى عليه خصماً بذمته وبالبينة انه كان في يده وديعة لا يتبين ان ما في ذمته لغيره فلا تندفع الدعوى عنه بل يقضى عليه بالقيمة للمدعي ثم اذا حضر الغائب فصدق ذا اليد فيما قال في الوديعة والرهن والاجارة والمضاربة والشركة يرجع المدعى عليه عَلَى الغائب وفي الغصب والاعارة لا يرجع (راجع شرح المادة ٦٥٨) ولو ادعى المدعي ان هذه العين

له غصبها منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعها عنده اندفعت الدعوى بلا بينة من ذي اليد لتوافقهما ان اليد لذلك الرجل ولو قال ذو اليد في غير مجلس الحكم ان العين ملكه ثم قال في مجلسه انها وديعة عندي او رهن من فلان وبرهن على ما ذكر تندفع الخصومة عنه ما لم يبرهن المدعي على ذلك لاقرار لان سبق اقراره يمنع الدفع . ثم انه يقبل دفع ذي اليد بان المدعى به في يده وديعة او عارية الخ اذا كان قبل القضا اما بعده فلا ولا يعارض هذا قول الفقهاء بان الدفع يقبل قبل الحكم وبعده وذلك لانه اذا لم يدع ذو اليد الايداع او كان قد ادعاه ولم يبرهن عليه لم يظهر ان يده ليست بيد خصومة فتوجهت عليه دعوى الخارج وصح الحكم بها بعد اقامة البينة على الملك لانها قامت على خصم ثم اذا اراد المدعى عليه ان يثبت الايداع لا يمكنه لانه صار اجنبياً يريد اثبات الملك للغائب وايداعه فلم تتضمن دعواه ابطال القضا السابق والدفع انما يصح اذا كان فيه برهان على ابطال القضا . قال في البزازية المقضي عليه لا تسمع دعواه الا ان يبرهن على ابطال القضا بان ادعى داراً بالارث وبرهن وقضي له ثم ادعى المقضي عليه الشرا من مورث المدعي او ادعى الخارج الشرا من فلان ثم برهن المدعى عليه على شرائه من فلان اومن المدعي او يقضى على احد بدابة ثم يبرهن على نتاجها عنده اه ملخصاً عن التنوير والدر المختار والتكملة

﴿المادة ١٦٣٢﴾ اذا اثبت من ادعى دفع الدعوى دفعه تندفع دعوى المدعي وإلا يحلَّف المدعي الاصلي بطلب صاحب الدفع فان نكل المدعي عن اليمين ثبت دفع المدعى عليه وان حلف عادت دعواه الاصلية

وعودها على وجهين الاول ان يكون دفع الدعوى متضمناً اقرار المدعى عليه بها كما لو ادعى قضاء الدين المدعى به وعجز عن اثباته وحلف المدعي ففي هذه الصورة يقضى على المدعى عليه بالدين . الثاني ان لا يتضمن الدفع الاقرار بدعوى المدعي كما لو ادعى المدعى عليه بالدين ان المدعي ابرأه من كل حق ودعوى وعجز عن اثبات الابرأ وحلف المدعي ففي هذه الصورة يكلف المدعي اثبات دعواه لان دعوى البرأة لا تتضمن الاقرار بها

وهل يجب اثبات الدفع قبل تصحيح دعوى المدعي فيما لو كانت غير صحيحة ؟

في الانقروي عن التتارخانية ان فيه اختلاف المشايخ ولكن المفتى به ان مدعي الدفع يطالب بذلك قبل ان يطالب المدعي بتصحيح دعواه. وفي جامع الفصولين ادعى على رجل مالاً فبرهن المدعى عليه انك اقررت بالابراء فبرهن المدعي انك اقررت بهذا المال بعد اقراري بالبرأة لا يندفع دفع المدعى عليه ولو برهن انك اقررت بالمال بعد دعواك اقراري بالبرأة يقبل والفرق انه لما قال بعد اقراري بالبرأة صار مقراً في هذه الحالة فكانت دعواه اقراره بالمال سابقة على اقراره بالبرأة وفي الاقرارات يعتبر الاخير بخلاف مالو قال بعد دعواك اقراري بالبرأة لانه لا يقتضي الاقرار بها ونظيرها ادعى داراً ارثاً عن ابيه فبرهن خصمه ان اباك اقر انه ملكي فبرهن المدعي ان خصمه بعد اقرار ابي له اقر انه ملك ابي هل يندفع؟ ينبغي ان يكون على تفصيل ما مر اه . ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٢٨ تشرين الثاني ٣١١ مؤداه اذا ادعى عقاراً بالشرا من والدة المدعى عليه بموجب سند طابو وقال المدعى عليه ان هذا العقار متروك عن والده الذي توفي عنه وعن والدته وان والدته بعد وفاة ابيه قد ابتدرت الى تقسيم هذا العقار على انه تركة عن ابيه فعلى المحكمة ان تكلفه اثبات دفعه هذا اما اذا حكمت للمدعي بناء على سند الطابو مستندة على المادة ١٧٣٦ من المجلة فحكمها ينقض (ج . م . عد ٨٧٦)

✻ المادة ١٦٣٣ ✻ اذا ادعي واحد على اخر ديناً قدره كذا دراهم فاجاب المدعى عليه اني كنت قد احلتك بهذا المبلغ على فلان وكل منكما قبل الحوالة واثبت ذلك بحضور المحال عليه فانه يكون قد دفع دعوى المدعي وتخلص من مطالبته وان لم يكن المحال عليه حاضراً كان دفع المدعي موقوفاً على حضور المحال عليه

وذلك لئلا يقضى على غائب بدون حضور من يقوم مقامه

فروع : رجل في يده وديعة لرجل فجاء اخر وادعى انه وكيل المودع بقبضها واقام على ذلك بينة واقام الذي في يده الوديعة بينة ان المودع قد اخرج هذا من الوكالة قبلت بينته . واذا ادعى على ذي اليد فعلاً لم تنته احكامه بان ادعى الشرا منه بالف ولم يذكر انه نقد الثمن ولا قبض منه فاقام الذي في يديه البينة انه لفلان

الغائب اودعنيه او غصبته منه لا تندفع عنه الخصومة في قولهم· وان ادعى عليه عقداً انتهت احكامه بان ادعى انه اشترى منه هذه الدار ونقده الثمن وقبض منه المبيع ثم اقام المدعى عليه بينة انها لفلان الغائب اودعنيها، اختلفوا فيه قال بعضهم تندفع عنه الخصومة وهو الصحيح (خانية) · وفي نور العين ادعى ارثاً له ولاخيه فقال المدعى عليه انك اقررت ان اخاك باعه مني وسلم وهذا اقرار بانه ملك الاخ فلاتصح منك دعوى الارث، قيل لا يندفع لانه لم يقر ان اخي باع بيعاً جائزاً لكن اقر بالبيع فقط ومن اقر ان فلاناً باعه ثم ادعى انه ملكه يسمع الا اذا اقر انه باع بيعاً جائزاً صحيحاً فحينئذٍ لا يسمع وقيل لو باع والدار بيده وقت البيع او قال باع وسلم فهذا يكفي لانه يدل على الملك · وفيه لو برهن ذو اليد على اقرار الوصي بانه باعه وصاية قالوا لا يقبل الا ان يشهدوا انه وصي من جهة المورث او القاضي اذ الوصاية لا تثبت باقراره اه، والكل من التكملة· وفي الملتقى قال المدعى عليه استحق هذا العبد مني فلان بالبينة والحكم واخذه مني ثم آجرني لا يندفع لانه اقر باليد وكذا لو قال بعته من فلان الغائب وسلمته اليه ثم اودعنيه اه · ادعى ميراثاً بالعصوبة فدفعه ان يدعي خصمه قبل الحكم اقراره بانه من ذوي الارحام اذ يكون حينئذٍ بين كلاميه تناقض (درر) ولو اقام بينة انه ابن عمه لابيه وامه واقام الدفع انه ابن العم لامه لا لابيه قبل القضا بالاول كان دفعاً وكذا لو اقام البينة على اقرار الميت انه ابن عمي لامي لا لابي (عمادية) اه، والكل من فتاوى علي افندي · ادعى قيمة جارية مستهلكة فبرهن الخصم انها حية رأيناها في بلد كذا لا يقبل الا ان يجيء بها حية (غرر)

الفصل الثالث

في من يكون خصماً ومن لا يكون

❊ المادة ١٦٣٤ ❊ اذا ادعى واحد شيئاً وكان يترتب على اقرار المدعى عليه حكم على تقدير اقراره يكون بانكاره خصماً في الدعوى واقامة البينة وان كان لا يترتب على اقرار المدعى عليه حكم اذا اقر لم يكن خصماً بانكاره

اعلم ان هذا الباب مبني على اصلين احدهما ما ذكر في المتن والثاني ان من ادعى

مالاً عَلَى غائب فاراد ان يقيم البينة على رجل حاضر فان الحاضر ينتصب خصماً عنه اي عن الغائب اذا كان ما يدعى على الحاضر حقاً لا يتوصل اليه الا باثبات ذلك على الغائب كما لو ادعى داراً في يد رجل و برهن على ذي اليد انه اشتراها من فلان الغائب فحكم الحاكم عَلى ذي اليد الحاضر كان ذلك حكماً على الغائب ايضاً حتى لو حضر وانكر لم يعتبر لان الشرا من المالك الغائب سبب الملكية لا محالة ، انظر شرح المادة ١٨٣٠ · ولكن قال في الانقروي عن القنية قد لا يكون الانسان خصماً في البينة ولا في اليمين ولو اقر به لا يجبر ولكن لو دفع جاز كمن ادعى انك اشتريت هذا العبد من وكيلي فلان فاقر المشتري بالشرا والوكيل غائب لا تقبل بينة المدعي على انه كان وكيله بالبيع ولا يحلف به ولو اقر لا يجبر عليه ولكن لو دفع له الثمن جاز وقد لا يكون خصماً لا في البينة ولا في اليمين ولكن لو اقر به يجبر عليه كمن ادعى عبداً في يد رجل فانكر دعواه فصالح رجل مع المدعي على دراهم ودفعها اليه على ان يكون العبد له ثم جاء المصالح الى ذي اليد واقام بينة على ان العبد كان للمدعي واراد اخذه لم تقبل بينته ولم يحلف عليه ولكن لو اقر ذو اليد يؤمر بدفع العبد الى المصالح و يكون المصالح بمنزلة المشتري وقد يكون خصماً في اليمين ولا يكون خصماً في البينة كمن اشترى عبداً وقبضه ثم اقر انه لغير البائع ودفعه الى المقر له ثم اقام بينة انه كان للمقر له ليرجع بالثمن على البائع لم تقبل بينته لكن له ان يحلف البائع بالله ما كان للمقر له فان نكل يرد الثمن وقد يكون خصماً في البينة دون اليمين وعلى هذا عشر مسائل او اكثر منها ادعى عبدين في يد رجل فانكر ثم صالحه عن دعواه على احدهما بعينه ثم اقام البينة ان العبدين له فله ان يأخذ الاخر ولو اراد ان يحلف ذا اليد ليس له ذلك · ومنها ان الوكيل بالشرا رد المبيع بالعيب فقال البائع رضي الموكل به تقبل البينة عليه على رضا الموكل وليس له ان يحلف الوكيل · ومنها الوكيل بطلب الشفعة ادعى عليه المشتري ان الموكل سلم الشفعة تقبل بينته ولا يحلف الوكيل عليه · ومنها الوكيل بقبض الدين ادعى عليه المديون انه اوفى رب الدين دينه واقام بينة عليه تقبل ولا يحلف الوكيل على العلم اذا لم تكن له بينة · ومنها اذا ادعى على رجل انه وصي الميت تقبل بينته ولا يحلف المدعى عليه · ومنها اذا ادعى اني وكيل فلان فانكر تقبل البينة عليه ولا يحلف ومنها اذا ادعى ان فلاناً الميت اوصى اليّ والى هذا فانكر تقبل البينة عليه ولا يحلف · ومنها ان الاب فيما ادعي على ابنه الصغير خصم في سماع البينة دون

اليمين . ومنها ان من ادعي عَلَى ميت مالاً او حقاً من الحقوق وقدم وصيه الذي ليس بوارث الى الحاكم فليس له ان يحلفه لان اليمين رجاء النكول والنكول بذلك بذل او اقرار وليس للوصي ولا للاب في حق الصغير ذلك ولو كان الوصي وارثاً يحلف لانه يملك البذل في حصته اه . وفيه عن المحيط تركة مستغرقة كلها بالدين او اكثر مما ادعي وادعى مدعٍ آخر على الميت ديناً وعجز عن اقامة البينة واراد ان يحلف الورثة او اصحاب الديون فلا يمين على الغرما اصلاً وكذا لا يمين على الورثة ان كان كل التركة مستغرقة بالدين اه اي لعدم فائدة النكول لانهم لو اقروا لما صح اقرارهم وهذا مثال آخر لمن يصلح خصماً في البينة دون الاقرار واليمين

مثلاً اذا اتى واحد من ارباب الحرف وادعى على رجل بقوله ان رسولك فلاناً اخذ مني المال الفلاني اعطني ثمنه كان المدعى عليه خصماً للمدعي اذا انكر لانه اذا اقر يلزمه دفع ثمن المبيع وتسليمه وفي هذه الصورة تسمع دعوى المدعي و بينته

لانه اذا اقر بشراء رسوله لزمه دفع الثمن لان حقوق العقد في الرسالة تعود الى المرسل ولا تتعلق بالرسول اصلاً كما مر في المادة ١٤٦٢ بخلاف مسألة الوكيل الآتية . وكذا لو قال ان مديوني فلاناً دفع اليك الفاً لتؤديها لي فادِّها وانكر المدعى عليه كان خصماً ايضاً في سماع البينة (هندية) . وفي الانقروي عن الفصولين الاصل في دعوى النسب ان ينظر الى النسب المتنازع فيه فلو كان مما يثبت باعترافهما كابوة و بنوة وزوجية فالمدعي خصم لو انكر المدعى عليه وتقبل بينته سواء ادعى لنفسه حقاً او لم يدعِ ولو مما لا يثبت باعترافهما كاخوة فهو خصم لو ادعى حقاً مع ذلك والا فلا فلو اقام البينة على رجل انه اخوه لابيه وامه او جده لا يقبل حتى يدعي قبله حقاً من ميراث او نفقة او غيره فحينئذٍ تقبل و يثبت النسب ولكن لو اقام البينة على رجل انه ابوه او ابنه يثبت نسبه وان لم يدعِ قبله حقاً كما في المحيط اه . وفيه عن عن الخلاصة الخصم في اثبات النسب الوارث او الوصي او من عليه للميت دين او وديعة او غريم له عَلَى الميت دين او الموصى له و يستوي ان كان مقراً بالحق او منكراً له اه . وفي جامع الفصولين الموصى له ينتصب خصماً للموصى له فيما في يده فلو حكم

للاول ولم يقبض شيئاً هل ينتصب خصماً فلو خاصمه الى القاضي الذي حكم للاول بالثلث ينتصب خصماً لا لو خاصمه الى قاض ٍ اخر . والموصى له بعين خصم لمدعي ذلك العين بالشرا من الموصي . والمودع او الغاصب او المديون ليس بخصم للموصى له لو كان الذي بيده المال مقراً بان المال للميت اذ الخصم في ذلك وارثه او وصيه ولو قال من بيده المال هذا ملكي وليس عندي من مال الميت شيء صار خصماً ولوجعله القاضي خصماً يقضى له بثلث ما في يد المدعى عليه اه

اما اذا قال المدعي بدعواه ان وكيلك بالشراء اشترى مني وانكر المدعى عليه فلا يكون خصماً للمدعي لانه لو اقر لايجبر على دفع الثمن للمدعي وفي هذه الصورة لا تسمع دعوى المدعي

في اطلاق ذلك نظر وكان ينبغي تقييده فيما لو اضاف الوكيل الشرا الى نفسه لتعود حقوق العقد اليه لانه قد مر في المادة ١٤٦١ بان الوكيل اذا اضاف العقد الى الموكل بان قال اشتريت لفلان تعود حقوق العقد كلها الى موكله ويكون الوكيل في حكم الرسول وحينئذٍ لو ادعى البائع بالثمن على الموكل كان الموكل خصماً لانه لو اقر به لزمه لكونه في حكم المرسل وفي الانقروي عن البزازية وعن ابي يوسف فيمن ادعى على ذي اليد داراً ان الغائب اشتراها منك لاجلي فانكره ذو اليد تقبل بينة المدعى عليه . وكذا لو كان المشتري حاضراً ينكر الشرا كمن ادعى داراً في يد رجل وقال اشتريتها من فلان وفلان كان اشتراها منك وقال الامام اذا قال انه اشتراها من فلان وفلان اشتراها من ذي اليد تقبل وان ادعى ان فلاناً اشتراها من ذي اليد لاجله و برهن لا تقبل . وعن ابي يوسف لو قال الذي في يده كنت بعتها من فلان الذي يزعم انه وكيله بالشراء له وفلان غائب فلا خصومة بينه و بين المدعي . وكذا لو قال كنت بعتها من فلان الذي يزعم انه وكيله لكنها محبوسة بالثمن عندي او اودعنيها ولو قال هذه لي اشتريتها من فلان الذي وكلته بالبيع يسمع ولو قال هذه لي اشتراها منك فلان وكان وكيلاً لي بالشراء و برهن لا يسمع عند الامام ويسمع عند ابي يوسف . وكذا دار بين قوم ميراث ادعى على واحد منهم انه اشترى لي منه حصته التي ورثها من المورث وهو غائب واقر الورثة بحصته و برهن على ذلك لا تقبل ولو قالوا الدار لنا لاحق لفلان فيها تقبل بينة المدعي اه . وفي الخيرية ادعى

الخارج عَلَى ذي اليد في محدود ان ذا اليد باعه المحدود بالوكالة عن فلان الغائب بكذا ونقده الثمن و يطلب تسليم المحدود منه فانكر المدعى عليه الوكالة والبيع وقبض الثمن فتسمع عليه دعوى المدعي و بينته في غيبة المالك . قال في جامع الفصولين باع ثم ادعى انه فضولي فلا يسلم المبيع فبرهن المشتري انه وكيل فلان بالبيع فهو خصم اه

والولي والوصي والمتولي مستثنون من هذه القاعدة فاذا ادعى واحد بمال اليتيم او مال الوقف بانه ملكه فلا يترتب عَلَى اقرار الولي او الوصي او المتولي حكم لانه ليس بنافذ اما انكارهم فصحيح وتسمع عليه دعوى المدعي و بينته

ولكن اذا لم يكن للمدعي بينة فلا يتوجه اليمين على الوصي والولي والمتولي لان فائدة اليمين النكول والحال انهم لو اقروا صريحاً لا ينفذ اقرارهم وفي التكملة وقف على صغير له وصي ولرجل فيه دعوى يدعيه عَلَى متولي الوقف لا على الوصي لان الوصي لا يلي القبض ولا تشترط حضرة الصبي عند الدعوى وتكفي حضرة وصيه ديناً كان المدعى به او عيناً باشر الوصي اولا . ولو ادعى على صبي محجور عليه استهلاكاً او غصباً وقال لي بينة حاضرة تسمع دعواه وتشترط حضرة الصبي مع ابيه او وصيه لان الصبي موءاخذ بافعاله والشهود يحتاجون الى الاشارة اليه ولكن لا يحضره الا اذا كان للمدعي بينة عليه اما لو لم يكن عليه بينة فليس له احضاره الى باب القاضي لانه لو حضر لا يتوجه عليه اليمين اذ لو نكل لا يقضى بنكوله اه

ولكن اذا كانت الدعوى على عقد باشره الولي والوصي والمتولي فيعتبر اقرارهم ومن ثم لو باع ولي الصغير ماله بمساغ شرعي ووقعت من المشتري دعوى تتعلق بذلك يعتبر اقرار الولي

وان انكر تتوجه عليه اليمين وان نكل يقضى عليه بنكوله . قال في التكملة عن ابي السعود ولا يستحلف الاب في مال الصبي والوصي في مال اليتيم ولا المتولي في مال الوقف الا اذا ادعي عليهم العقد فانهم يستحلفون حينئذٍ اه

تنبيه : اذا اراد الوصي ان يثبت وصايته فالخصم له في ذلك الوارث او الموصى

له او المديون للميت او دائنه وقيل دائن الميت ليس بخصم فيه (بزازية)

﴿ المادة ١٦٣٥ ﴾ الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط

ولكن لو اشترى شيئاً فوجده في يد غيره قبل ان ينقد الثمن فادعى عليه به لا تسمع دعواه٠ قال في الخانية رجل اشترى من اخر شيئاً ولم يدفع الثمن او دفع البعض دون البعض و بقي المبيع في يد البائع محبوساً بالثمن كله او بعضه فباع البائع المبيع من غير المشتري الاول ثم حضر المشتري الاول وادعى الشرا على المشتري الثاني واراد استرداد المبيع من يده ليس له ذلك ما لم يدعِ الوكالة عن البائع بالقبض وان كان المشتري الاول نقد الثمن كله للبائع او كان قد اشتراه بثمن مؤجل كان له ولاية الخصومة مع المشتري الثاني للاسترداد ٠ اصل هذه المسأله مسألة المنتقى وصورتها رجل باع من اخر داراً ولم يقبضها المشتري حتى غصب رجل الدار من البائع فان كان المشتري نقد الثمن فهو الخصم في الاسترداد من يد الغاصب وان كان المشتري لم ينقد الثمن فالخصم هو البائع اه ٠ قلت ولم ارَ تعليلاً لهذه المسألة ولعله ان المشتري اذا لم ينقد الثمن ليس له ان يقبض المبيع بدون اذن البائع وللبائع ان يحبس المبيع عليه كما مر في المواد ٢٧٧ و٢٧٨ و٢٨١ من المجلة ولهذا لم يكن له ان يطالب ذا اليد بالتسليم ما لم يكن قد وكله البائع بالقبض لان الوكالة تعتبر اجازة بالقبض اما لو كان المشتري قد دفع الثمن او كان الثمن موجلاً فله ان يقبض المبيع بدون اذن البائع وليس للبائع ان يحبس المبيع كما يفهم من المواد ٢٧٧ و٢٨٣ و٢٨٤ ولهذا كان للمشتري ان يخاصم ذا اليد و يطالبه بدفع المبيع اليه ، هذا ما ظهر لي والله تعالى اعلم

فاذا غصب واحد فرس رجل و باعه من آخر واراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه الا على ذي اليد

فان كان الفرس في يد البائع فيدعيه عَلَى البائع وان كان قد سلمه الى المشتري فعلى المشتري ولو باعه المشتري من اخر وسلمه فعلى المشتري الثاني ٠ وفي الانقروي عن مجمع الفتاوى غاصب الغاصب ومودع الغاصب ينتصب خصماً للمالك حتى ان من ادعى مالاً في يد رجل انه ملكه غصبه منه فلان وغصبه هذا الرجل من فلان واقام على ذلك بينة تسمع دعواه وكذلك لو اقام البينة ان فلاناً غصبه منه واودعه هذا الرجل وقال ذو اليد اودعني فلان الذي يدعي المدعي الغصب عليه لا تندفع عنه الخصومة

و يقضى بالعبد لمدعي اه · وفي جامع الفصولين المودع او الغاصب لو مقراً لا ينتصب خصماً للمشتري وينتصب خصماً لوارث المودع او المغصوب منه حتى لو ادعى رجل انه وارثه والمودع او الغاصب مقر بالمال لكنه قال لا ادري أمات فلان او لا او قال لا ادري انك وارثه فبرهن على الموت او الوراثة تقبل هذا لو مقراً اما لو انكر وادعى الملك لنفسه فانه ينتصب خصماً لمدعي الشراء اه·وفيه دفع الى دلال شيئاً للبيع فباعه الدلال من رجل وسلمه اليه وغاب فادعاه الآمر على المشتري واقر انه دفع الى فلان ليبيعه ولكنه انكر البيع هل يملك الدعوى لو صدقه ان المامور دفعه اليه لا يملك الدعوى لتصادقهما على وصوله اليه من جهة الغائب ولو برهن ذو اليد انه شراه من وكيله تندفع الدعوى اه

اما لو اراد تضمين قيمته فيدعيها على الغاصب

لان دعوى الضمان عَلَى الغاصب صحيحة وان كانت العين في يد غيره · وفي الانقروي عن البزازية ولو باع دار غيره وسلمها فادعى المالك على بائع الدار ان ادعى الدار لا يصح لانها ليست في يده وان اراد تضمينه فعلى الخلاف المعروف اذ العقار هل يضمن بالبيع والتسليم ام لا فمن قال بالضمان قال تصح الدعوى ومن نفاه قال لم تصح وان اراد اجازة البيع واخذ الثمن له ذلك بالشرائط المذكورة في اجازة بيع الفضولي اه· قلت وهذه الشرائط مذكورة في المادة ٣٧٨ من المجلة· وفيه ايضاً عن البزازية ان في وجوب الضمان في العقار بالبيع والتسليم روايتين فيفتى بوجوب الضمان والمغصوب اذا استحق من يد الغاصب بالبينة لا يظهر ذلك القضا في حق المغصوب منه حتى لو اقام البينة على المستحق تقبل فعلى هذا ينبغي ان لا يبرأ الغاصب من الضمان اه

﴿المادة ١٦٣٦﴾ اذا ظهر مستحق للمبيع وادعاه ينظر فان كان المشتري قد قبضه فهو وحده الخصم في الدعوى والشهادة ولا يشترط حضور البائع

ولا فرق في هذا فيما اذا كان الشرا صحيحاً او فاسداً · قال في جامع الفصولين والمشتري شراء فاسداً يصلح خصماً للمدعي اذا قبض المبيع وقبل القبض فالخصم هو البائع وحده اه · وفي الانقروي عن التتمة ادعى رجل على المشتري ان هذه الدار

المشتراة في اجارتي فقال المشتري فسخت الاجارة ثم اشتريتها والبائع غائب يتمكن المشتري من اثبات ذلك بالبينة اه

وان كان ما قبضه من البائع يلزم حضورهما حين الدعوى والشهادة لان المشتري مالك والبائع ذو اليد

والمدعي يدعي العين فشرط القضا عليهما حضورهما. بقي لو قال المستحق لا بينة لي واستحلفهما فحلف البائع ونكل المشتري فانه يوءاخذ بالثمن فاذا اداه اخذ العبد وسلمه الى المدعي وان حلف المشتري ونكل البائع لزم البائع كل قيمة العبد الا ان يجيز المستحق البيع ويرضى بالثمن (رد محتار) عن البزازية. ثم اعلم ان الاخذ بالشفعة نظير الاستحقاق. قال في التنوير والخصم للشفيع قبل التسليم البائع والمشتري الاول بيده والثاني بملكه وبعد التسليم المشتري فقط اه. وفي التكملة عن البحر ومن اشترى شيئاً بالخيار فادعاه اخر يشترط حضرة البائع والمشتري والمشتري باطلاً لا يكون خصماً للمستحق اه

تتمة : قدمنا في باب الاستحقاق ان الحكم به حكم على ذي اليد وعلى من تلقي ذو اليد الملك منه فلا تسمع دعوى الملك من البائع بل دعوى النتاج او تلقي الملك من المستحق بان يقول البائع حين رجوع المشتري عليه بالثمن انا لا اعطي الثمن لان المستحق كاذب اذ ان المبيع نتج في ملكي او ملك بائعي فتسمع دعواه بحضور المشتري ويبطل الحكم ان اثبت او يقول انا لا اعطي الثمن لاني اشتريت المبيع من المستحق ثم بعته منك فتسمع ايضاً ولكن هل يشترط في سماع هذه الدعوى لاثبات النتاج حضور المستحق والمبيع؟ قال في الحامدية مقتضي ما افتى به الرملي موافقاً لما في العمادية عدم اشتراط حضور المستحق. قال في العمادية هذا القول اشبه واظهر وايده في البحر معللاً له بان الرجوع بالثمن امر يخص المشتري فاكتفي بحضوره واختلف في اشتراط حضرة المبيع وافتى ظهير الدين بعدمه اه

﴿ المادة ١٦٣٧ ﴾ يشترط حضور الوديع والمودع والمستعير والمعير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن معاً عند دعوى الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والماجور على المستأجر والمرهون على المرتهن

وذلك لان الملك للراهن واليد للمرتهن وقس عليه. ثم انه في دعوى الضياع هل

يشترط حضور المزارعين؟ قال في الهندية ان كان البذر من المزارع فهو كالمستأجر يشترط حضوره وان لم يكن البذر منه ان نبت الزرع فكذلك وان لم ينبت لا يشترط . وهذا في دعوى الملك المطلق اما اذا ادعى على آخر غصب ضيعته وانها في يد المزارع فلا يشترط حضرة المزارع لانه يدعي عليه الفعل اه . وفي الخانية لو آجر دابته من رجل ثم آجرها من اخر وسلم فجاء الاول فاراد ان يقيم البينة على الاجارة ان كان الآجر حاضراً قبلت بينته عليه وان كان هو مقراً باجارة الاول لان اقراره للاول لا يصح في حق الثاني وان كان الاجر غائباً لا تقبل بينة الاول على الثاني لان يد الثاني يد امانة فلا يكون خصماً للمدعي . ولو آجر ثم باع وسلم فجاء المستأجر وادعى الاجارة قبلت بينته عَلَى المشتري وان كان الآجر غائباً لان المشتري يدعي الملك لنفسه فكان خصماً لكل من يدعي حقاً في ذلك العين وكذا لو رهن رجل عند انسان عيناً وسلم ثم انتزعه من يده بغير اذنه وباعه وسلم ثم جاء المرتهن وادعى الرهن واراد ان يسترده من المشتري واقام البينة على الرهن قبلت بينته وان كان الراهن غائباً ويؤخذ العين من المشتري ويسلم الى المرتهن لما قلنا اه . وفي الخيرية ان وكيل بيت المال ليس بخصم يدعي او يدعى عليه ما لم يأذن له السلطان بالدعوى اه

ولكن اذا غصب الوديعة او المستعار او الماجور او المرهون فللوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن ان يدعي بها على الغاصب وحده ولا يلزم حضور المالك وليس للمالك ان يدعي بها وحده ما لم يحضر هؤلاء

ولكن لو ادعى واحد على المالك الشرا قبل الاجارة فالمالك وحده يكون خصماً للمدعي كما في التكملة عن البحر والانقروي عن البزازية . وفيه عن التتارخانية ادعى عَلَى آخر اني استأجرت هذه الدابة التي في يديك من فلان قبل ان تستأجرها انت منه هل ينتصب هذا المستأجر خصماً له في حق اثبات الاجارة عن الغائب فهذا على وجهين ان ادعى عليه فعلاً وقال انا استأجرت هذه الدابة من فلان وقبضتها فانت اخذتها مني بغير حق ينتصب خصماً اما اذا لم يدعِ عليه فعلاً فلا لان المستأجر لا ينتصب خصماً في اثبات الملك المطلق ولا في اثبات الاجارة الا اذا ادعى الفعل اه . قلت وهذا لو ادعيا الاستئجار من واحد كما صرح به ما لو ادعاه كل منهما من رجل فيصلح احدهما خصماً للاخر

﴿ المادة ١٦٣٨ ﴾ لا يكون الوديع خصماً للمشتري

ولا لكل من يدعي الملك قال في جامع الفصولين الوكيل بالحفظ من جهة الغائب لو اودع عند غيره ومات فذو اليد يكون خصماً لكل من ادعاه الا ان يبرهن ان فلاناً الغايب دفعه الى الميت الذي دفعه وغاب فيخرج عن الخصومة اه٠ وفي الخيرية رجل اشترى من آخر ثلثي فرس وتسلمها منه فادعت امرأة ان لها ربعاً فيها فلا تسمع دعواها على المشتري سواء صدقته على الشرا او كذبته واقام برهاناً اذ المشتري ليس بخصم لكونه مودعاً في القدر المدعى به عن الغائب كما صرح به في جامع الفصولين اه

فاذا ادعى واحد داراً في يد الآخر فقال اني اشتريت هذه الدار من فلان بكذا فسلمني اياها واجاب الوديع هي امانة عندي اودعنيها فلان المذكور تندفع خصومة المدعي ولا حاجة الى اثبات الايداع

وذلك لان المشتري والوديع اتفقا على ان اصل الملك للغائب فيكون وصول العين الى يد الوديع من الغائب فلم تكن يده يد خصومة غير ان ذلك مقيد فيما اذا قال الوديع اودعني من تدعي الشرا منه بنفسه فلو قال اودعني بواسطة وكيله لم تندفع الخصومة بلا بينة كما في الدر المختار لان الوكالة لا تثبت بقول الوديع ولانه لم يثبت تلقي اليد ممن اشترى منه المدعي لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار المشتري (رد محتار) ٠ولو ادعى شيئاً انه له غصبه منه فلان الغائب او اعاره منه وزعم ذو اليد ان هذا الغاصب اودعه عنده اندفعت الخصومة بلا بينة لتوافقهما ان اليد لذلك الرجل، كذا في الدر المختار ورد المحتار٠ وفي الانقروي خياط عنده ثياب الناس وغاب عن البلد فهل لاصحاب الثياب ان يطلبوها من زوجته؟ قال شمس الاسلام الاوزجندي ان كان عين ثيابهم عندها فلهم الطلب والاخذ اه٠ وفيه عن البزازية عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد بذلك فالقاضي لا يأمر ذا اليد بالتسليم الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره بخلاف ما اذا ادعى الوراثة اه٠ وفيه عن الفصولين ومن ادعى على آخر مالاً ارثاً عن ابيه فلو اقر به امر بالدفع اليه وليس ذلك حكماً من القاضي على الاب حتى لو جاء حياً يأخذ المال من الدافع فيرجع هو على الابن ولو انكر دعواه قيل لا يستحلف على العلم بانه ابن فلان وانه

مات ولكن يقال للابن اقم بينة على موت ابيك وانك وارثه والصحيح انه يستحلف على ذلك. كالوكالة فلو حلف كلف الابن اقامة البينة على موت ابيه وانه وارثه ولو نكل يصير مقراً بنسب وموت كما لو اقر بهما صريحاً وانكر المال ولو كان كذلك لا يجعل القاضي الابن خصما في اقامة البينة على اثبات المال ولكن يجعله خصماً في حق التحليف على المال واخذه منه فيحلفه على المال بتاتاً اه

ولكن لو قال المدعي نعم ان صاحب الدار كان اودعها عندك ولكنه بعد ذلك باعها مني ووكلني بقبضها وتسلمها منك واثبت البيع والتوكيل كان له ان ياخذ الدار من الوديع

لكونه اي المشتري احق بامساكها وقد قيدوا ذلك بالاثبات اي بالبرهان احترازاً عما لو اقر الوديع بالوكالة فانه حينئذٍ لا يؤمر بالدفع الى المشتري لعدم نفوذ اقراره على المودع في ابطال يده وهذا بخلاف مديون الغائب اذا ادعى عليه رجل الوكالة عن الدائن بقبض الدين منه فانه اذا صدقه على الوكالة يؤمر بالدفع اليه لان الديون تقضى بامثالها فكان اقراراً على نفسه لا على الغائب (تكملة)

تتمة . قال في الانقروي عن المحيط قال محمد رجل هلك وترك ثلاثة الآف درهم وترك وارثاً واحداً فاقام رجل البينة ان الميت اوصى له بثلث ماله وجحد الوارث فالقاضي يسمع بينته على الوارث ويقضي بالوصية فان دفع الوارث الثلث الى الموصى له ثم جاء رجل اخر واقام بينة ان الميت اوصى له بثلث ماله وقد غاب الوارث ذلك فاحضر الموصى له الى القاضي فالقاضي يجعل الموصى له خصماً ويسمع البينة عليه ويامره ان يدفع نصف ما في يده الى المدعي الثاني فان لم يكن عند الاول شيء بان هلك ما في يده او استهلكه وهو معدم فاحضر الثاني الوارث فاراد ان ياخذ منه بعد ما في يده فجحد الوارث وصيته لم يكن على الثاني اعادة البينة على الوارث وكان للموصى له الثاني ان يأخذ من الوارث خمس ما في يده ثم الثاني مع الوارث يتبعان الاول فيأخذان نصف ما اخذ فاذا اخذا ذلك اقتسماه على خمسة اسهم سهم للموصى له الثاني واربعة اسهم للوارث اه وفي جامع الفصولين ادعي علي رجل انه كفل عنه افلان الغائب بكذا وادى الكفيل ذلك المال الى الطالب وانكر المطلوب الاداء

فبرهن عليه الكفيل والطالب غائب يقبل ويحكم على الغائب والحاضر اه

❊ المادة ١٦٣٩ ❊ لا يكون الوديع خصماً لدائن المودع ومن ثم لو اثبت الدائن دينه الذي هو بذمة المودع في مواجهة الوديع فليس له ان يستوفي الدين من الوديعة التي عنده

لا ينبغي ان يستفاد من هذا انه يجوز للدائن ان يثبت دينه في مواجهة المودع والا كان مناقضاً قولهم في الفقرة الاولى من هذه المادة لا يكون الوديع خصماً لدائن المودع فتنبه وقد نقل الانقروي عن المحيط بان دعوى الدائن على المودع لا تصح بخلاف دعوى الورثة عليه اه اما لو اثبت الدائن دينه وان المودع امر الوديع ان يقبضه من النقود المودعة عنده فيؤمر الوديع حينئذٍ بقضاء الدين ويكون القضاء بالدين قضاء على الغائب و ينتصب الحاضر خصماً عنه (هندية)

ولكن لمن وجبت نفقته على الغائب ان يدعي بها على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي امانة عنده على ما ذكر في مادة ٧٩٩

وقد ذكر هذه المسالة في فتاوي علي افندي عن الواقعات الحسامية بتفصيل قال رجل غاب فادعت امرأته ان في يد ابيه وديعة وطالبته بالنفقة فهذا على وجهين اما ان كان الاب منكراً او مقرًّا فان كان منكراً فلا خصومة بينهما اصلاً وان كان مقرًّا فهذا على قسمين اما اذا كانت الوديعة غير الدراهم والدنانير وما لا يصح نفقة الازواج او لا ففي القسم الاول لا خصومة بينهما وفي القسم الثاني لها ان تخاصم لكن ترفع الامر الى الحاكم حتى يامره بالدفع اليها لانه من جنس حقها وليس للاب ان يدفع اليها بغير امر الحاكم اه قلت قوله ففي القسم الاول لا خصومة بينهما وجهه انه يحتاج فيه الى بيع الوديعة وهذا القول مبني على اجماع الفقهاء بان ليس للقاضي ان يبيع مال الغائب للانفاق. قال في الدرر والغرر تفرض النفقة لزوجة الغائب وطفله وابويه في مال له اي للغائب من جنس حقهم اي دراهم او دنانير او طعاماً او كسوة من جنس حقهم بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب للانفاق بالوفاق وهذا كله اذا اقر من عنده المال يعني المضارب او المودع او المديون بالمال و بالزوجية والولاد و يحلف القاضي الزوجة عَلَى ان الغائب لم يعطها

النفقة ولم تكن ناشزة او مطلقة و يكفلها اه بتصرف والمراد بالكفالة هنا الكفالة بما تاخذه من النفقة لا بنفسها فان حضر الزوج و برهن انه اوفاها النفقة طولبت هي وكفيلها برد ما اخذت وكذا لو لم يبرهن بل طلب يمينها فنكلت ، ولو اقرت طولبت هي فقط دون الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة كذا في البدائع والقهستاني (رد محتار)

تتمة اذا امر القاضي مودع الغائب او مديونه في اداء النفقة الى زوجته ثم حضر الغائب وانكر اداآها او انكر ان يكونا قد اديا ما ادعياه وادعى باقل منه فيقبل قول الوديع في الدفع بيمينه اما المديون فلا يقبل الا ببينة (درمختار) والفرق ان القاضي له ولاية الالزام فاذا فرض النفقة في ذلك المال صار المودع ماموراً بالدفع منه الى المفروض له فاذا ادعي دفع الامانة صدق بيمينه بخلاف المديون فانه لا يصدق لانه يدعي ثبوت دين له بذمة الغائب لما تقرر ان الديون تقضى بامثالها (رد محتار)

❊ المادة ١٦٤٠ ❊ لا يصلح مديون المديون خصماً للدائن

وكذا مودع المديون او شريكه لا يكون خصماً للدائن . قال في الخيرية ليس للزوجة ان تدعي بمهرها على مديون الميت او على مودعه او على شريكه انما الدعوى على وصيه او وارثه اه لكن يصح اثبات الشرا في وجه مدعي دين في التركة المستغرقة (تكملة عن نور العين)

فليس لمن كان له في ذمة الميت دين ان يثبت دينه في مواجهة مديونه و يستوفيه منه

ولو كانت تركة الميت مستغرقة بالدين (انقروي عن القنية) وفيه عن العمادية لا يملك الدائن اثبات الدين على الغريم الذي للميت عليه دين ولا على الموصى له ولكن اذا اثبت على من يصح الاثبات عليه كالوصي والوارث يثبت له ولاية الاستيفاء منهما اي مديون الميت والموصى له باعتبار ان تركة الميت في يدهما ولو انكر الوارث كون التركة في يده فلرب الدين ان يثبت التركة في يده بالبينة ولو اقام رب الدين بينة على اجنبي ان هذا الذي في يدك من تركة مديوني لا تقبل لانه ليس بخصم في اثبات الملك للميت اه وفي التكملة رجل وهب جميع ماله لانسان وسلمه اياه ثم مات فادعى عليه آخر ان هذه العين له او ان له على الميت كذا من الدين فانها تسمع دعواه عليه لان في الاولى العين التي يدعيها في يد الموهوب له وفي الثانية الدين متعلق في التركة

وهي في يده ولكن في الثانية يشترط ان تكون الهبة في مرض الموت لان الدين انما يتعلق بها فيه اه وفيها قال قضيت دينك بأمرك لفلان فانكر كونه مديون فلان وامره وقضاءه ايضاً والدائن غائب فبرهن المامور على الدين والامر والقضا يحكم بالكل لان الدائن وان كان غائباً لكن عنه خصم حاضر فان المدعي على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر لانه ما لم يقضَ دينه لا يجب له عليه شيء اه

﴿المادة ١٦٤١﴾ لا يكون المشتري من المشتري خصماً للبائع · مثلاً لو باع واحد مالاً فقبضه المشتري وباعه من اخر وسلمه لم يكن للبائع الاول ان يداعي المشتري الثاني بالثمن بقوله ان المشتري الاول قبض هذا المال بدون ان يؤدي لي ثمنه فاعطني الثمن وسلمني المال لاحبسه الى استيفاء الثمن ولا تسمع دعواه هذه على المشتري الثاني

الا اذا اقر بان الامر كما ادعى البائع الاول فحينئذٍ تسمع الدعوى عليه ويقضى برد المبيع للبائع الاول فيكون خصماً اذا اقر لا اذا انكر كما في الهندية ونصهُ: رجل اشترى ناقة من آخر بالف درهم فلم ينقد الثمن وقبضها بغير اذن البائع وباعها من رجل اخر بمائة دينار وتقابضا وغاب المشتري الاول وحضر بائعها واراد استردادها من يد المشتري الثاني فان اقر هذا المشتري ان الامر كما وصف البائع الاول لزمه رد الناقة له وان انكر او قال لا ادري أحق ما قاله البائع الاول او باطل فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري الاول اه قلت ومفاده انه يلزم في الدعوى حضور المشتري الاول والثاني فان اثبت البائع الاول ما ادعاه يقضى له بوجههما باسترداد الناقة الا ان يؤدي له المشتري الاول الثمن

تتمة : قال في الدرر والغرر الكفيل ينتصب خصماً عن الاصيل لو الكفالة بامره بلا عكس· اي الاصيل لا ينتصب خصماً عن الكفيل لان القضا عَلَى الكفيل قضا على الاصيل والقضا على الاصيل ليس قضا على الكفيل، صورته كان لرجل عَلَى اخر الف درهم وله كفيل بامر المطلوب فلقي الطالب الاصيل قبل ان يلقى الكفيل واقام عليه بينة ان لي عليك كذا وفلان كفيل به بامرك فانه يقضى على الاصيل بالف درهم ولا يكون هذا قضا على الكفيل حتى لو لقي الكفيل ليس له باخذ منه شيئاً بلا اعادة

البينة عليه ولو لقي الكفيل اولاً وادعى ان لي على فلان الفاً وانت كفيل بها لي عنه بامره واقام البينة ثبت المال عليه وعلى الغائب و ينتصب الكفيل خصماً عن الاصيل اه

﴿ المادة ١٦٤٢ ﴾ يصح ان يكون احد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت او له

ومثل الوارث في هذا الباب الوصي قال في الانقروي عن العمادية اثبات الدين على الميت بحضرة الوارث او الوصي يجوز وان لم يكن في ايديهما شيء من التركة لما في الاثبات من الفائدة وهو التمكن من اخذ مال الميت عند الظهور اه وفيه عن البزازية ادعى الدين في التركة لا حاجة الى ذكر كل الورثة بل اذا ذكر واحداً منهم و برهن عليه انه واجب عليه اداء الدين من تركته التي في يده يكفي ولو كان الوارث صغيراً يبرهن على وصيه وان ادعى دين الميت على واحد لا بد من بيان عدد الورثة اه وفيه عن العمادية ولو ادعى وصي الميت ديناً عليه فالحاكم ينصب وصياً اخر يدعي عليه اذ دعواه على نفسه لا تصح ولو ادعى هذا الوصي ديناً على الميت وعجز عن اثباته يعزل وقيل لا يخرج القاضي المال من يده لو قال لي على الميت دين ولو ادعى شيئاً بعينه اخرجه من يده وقيل يعزل لانه يستحل مال اليتيم وقيل يقول له القاضي اما ان تبرئهُ او تقيم البينة والا اعزلك فلو فعله فبها والا عزله اه وفي الخانية رجل مات وترك وارثاً وعليه دين يحيط بتركته فالوارث خصم للغرما و يقوم مقام الميت في الخصومة و به ناخذ اه وفيها رجل مات في بلد وله وارث في بلد اخر فجاء رجل وادعى على الميت ديناً فاراد ان يثبت دينه على الميت فطلب من القاضي ان ينصب وصياً للميت حتى يقيم عليه البينة ، ان كان الوارث غائباً غيبة منقطعة نصب القاضي وصياً فاذا اقام المدعي بينة عليه قضى القاضي له بدينه ، وان لم تكن الغيبة منقطعة لا ينصب القاضي وصياً اه وفي فتاوى علي افندي عن البحر لو لم يكن للميت وارث فجاء مدع للدين على الميت نصب القاضي وكيلاً للدعوى اه وفيها عن البزازية ادى مديون الميت الى وصي الميت يبرأ وان لم يكن له وصي فدفع الى بعض الورثة يبرأ من حصته خاصة اه وفي الهندية الموصى له بالثلث لا يكون خصماً لدائن الميت سواء كان الوارث حاضراً او غائباً اما الموصى له باكثر من الثلث فيصلح خصماً لدائن الميت لان استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث والوارث ينتصب خصماً للغريم

اه ولو وهب كل امواله من رجل وسلمها في مرض موته فلغريمه ان يدعي بدينه على الموهوب له لان الدين متعلق بالتركة وهي في يده ولكن يشترط ان تكون الهبة في مرض الموت لان الدين انما يتعلق بالتركة فيه (تكملة)

ولكن الخصم في دعوى عين من التركة هو الذي في يده تلك العين والوارث الذي لم يكن ذا يد ليس بخصم

واما في دعوى الدين على الميت فاحد الورثة ينتصب خصماً عنهم وان لم يكن في يده شيء من التركة كما سيأتي وذلك لان حق الدائن شائع في جميع التركة بخلاف العين المدعي بها وهذا اذا كان الوارث مدعى عليه اما اذا كان هو المدعي ارث العين على ذي اليد فان اثبت كان القضا بالارث له ولبقية الورثة اذا ادعاه ارثاً له ولهم وان لم يثبت ودفع المدعى عليه دعوى المدعي بان مورثك باعها مني مثلاً واثبت الشرا تندفع دعوى الارث في حق الحاضر والغائب كما افاده الطحطاوي عن ابي السعود ثم اعلم انه في دعوى العين انما يكون ذو اليد خصماً عن بقية الورثة اذا لم تكن العين مقسومة اما اذا كانت قد قسمت واخذ كل نصيبه فلا يكون الحاضر خصماً الا في حصته فقط (جامع الفصولين)

مثلاً يصح لاحد الورثة ان يدعي بدين للميت في ذمة اخر وبعد الثبوت يحكم بكل الدين المذكور لجميع الورثة ولكن ليس للوارث المدعي ان يقبض منه الا حصته ولا يمكنه ان يقبض حصص سائر الورثة

وكذا لو ادعى على اخر عقاراً ارثاً له ولاخيه الغائب ورهن على ما ادعاه دفع الى المدعي نصفه مشاعاً وترك باقيه وهو نصيب الغائب مع ذي اليد بلا اخذ كفيل منه ولو كان ذو اليد جاحداً دعواه عند الامام لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي التعرض بلا خصم كما اذا رأى شيئاً في يد انسان يعلم انه لغيره لا ينازعه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضا القاضي اذ القضية صارت معلومة فلا يجحد بعده فيصير جحوده قبل ذلك لاشتباه الامر فلا يكون خائناً به ولان يد الجاحد يد ضمان ويد الغير يد امانة فاليد الاولى للحفظ اولى وقالا ان لم يكن جاحداً فكذا وان كان جاحداً اخذ القاضي النصف الاخر منه ووضعه عند امين حتى يقدم

الغائب لخيانة ذي اليد بجحوده فلا نظر في تركة واذا كانت الدعوى في المنقول يؤخذ من ذي اليد اتفاقاً في الاصح و يوضع عند عدل الى حضور صاحبه لامكان كتمان المنقول بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه وقيل المنقول ايضاً على الخلاف يعني عند الامام بترك نصفه الباقي مع ذي اليدولا يستوثق منه بكفيل وعندهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل وقيل يؤخذ الكفيل بالاتفاق لجحوده واجمعوا على انه لا يؤخذ لو مقراً ثم اذا حضر الغائب دفع اليه نصيبه بدون اعادة البينة لعدم الحاجة الى اعادتها والى القضا لان احد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث اه عن الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولكن صحح في التنوير والدرر بان المنقول مثل العقار ياخذ الحاضر حصته منه ويترك باقيه في يد ذي اليد

كذلك لو اراد واحد ان يدعي ديناً على التركة فله ان يدعيه في حضور واحد من الورثة فقط سواء وجد في يد ذلك الوارث من التركة مال او لم يوجد فاذا ادعى ديناً في حضور واحد من الورثة واقر به ذلك الوارث يؤمر باعطاء ما اصاب حصته من ذلك الدين ولا يسري اقراره الى سائر الورثة

وكذا لو مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم فاخذ كل الفاً ثم ادعى رجل ان الميت اوصى له بثلث ماله وصدقه احد الورثة ياخذ منه الموصى له ثلث ما في يده (انقروي عن العمادية) . ثم اعلم ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل اخر ان الدين كان عَلَى الميت تقبل شهادة هذا المقر اذا لم يقضِ عليه القاضي باقراره لان الدين لا يحل بنصيبه بمجرد اقراراه بل بقضا القاضي عليه اذ لو كان الدين يحال في نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيها من دفع المغرم عن نفسه مبني على قول المتون بان احد الورثة اذا اقر بالدين وجحده الباقون يلزمه الدين كله فاذا شهد بعد ذلك مع رجل آخر بان الدين على الميت كان في شهادته دفع مغرم عن نفسه لانه اذا ثبت الدين بالبينة فلا يلزمه من الدين الا بقدر نصيبه من الميراث واما على قول الفقيه ابي الليث الذي رجحته جمعية الجملة في هذه الفقرة بانه لا يلزم المقر من الدين الاحصته فقط لا يقال ان في شهادة المقر دفع مغرم عن نفسه لاستواء

الاقرار والبينة وعلى ما يظهر لي ان تقبل شهادته سواء كانت قبل القضا او بعده تامل

وان لم يقر الوارث واثبت المدعي دعواه في حضوره فقط يحكم على جميع الورثة واذا اراد المدعي ان ياخذ من التركة دينه المحكوم به على هذا الوجه فليس لسائر الورثة ان يقولوا له اثبت ذلك مرة ثانية في حضورنا ايضاً ولكن لهم ان يدفعوا دعوى المدعي

ولكنه لا يجوز في كل الاحوال ان يحكم على الوارث باداء ما يصيبه من الدين الا اذا كان في يده من التركة ما يوازي حصته من الدين كما يعلم من قرار صادر بالاتفاق من هيئة محكمة التمييز العمومية بتاريخ ٢٩ مايس ٣١١ هذه خلاصته : « تبين ان محكمة الاستئناف حكمت على احد الوارثين بمجموع الدين الذي على مورثه لانه تبين من مقاولة عقدها مع الوارث الاخر انه واضع اليد على جميع التركة والحال انه ولو تبين من المقاولة المذكورة ان الوارث المدعى عليه واضع يده على التركة كلها وان مفردات هذه التركة مبينة في سند المقاولة الا انه لم يفهم ان التركة التي في يد المدعى عليه تكفي لوفاء ما يصيبه من الدين او لا ولذلك كان يجب في بادىء الامر ان يكلف المدعي اثبات ذلك فان اثبته وتبين ان ما في يد المدعى عليه يكفي لايفاء ما يصيبه من الدين فعند ذلك يحكم عليه باداء ما اصابه من هذا الدين وان كان ما في يده من التركة لا يكفي لايفاء حصته من الدين فلا ينبغي ان يؤاخذ الا بمقدار ما في يده من التركة الخ (ج ٠ م٠عد ٨٦٩)

ولو ظفر الدائن باحد الورثة وكان ما في يده من التركة يكفي لوفآ دينه كان له ان يستوفي من هذا الوارث كل الدين وهو يرجع على سائر الورثة بما يصيبهم منه (هندية وتكملة)

ولو كان الميت قد اقر بديون ووصايا بانواع البر وحضر احد الغرما واقام البينة وقضي له بحقه ثم حضر غريم آخر هل يقضى بتلك البينة فعند ابي حنيفة لا وعند ابي يوسف نعم اما في الوصية بانواع البر فيكفتنى بتلك البينة اجماعاً (هندية)

ولو اقر الوارث المدعى عليه بالدين واراد الدائن ان يثبته بالبينة حتى يتعدى الحكم

الى كل انصباء الورثة له ذلك كالوكيل بقبض الوديعة اراد ان يبرهن عَلَى انه وكيل
بقبضها مع اقرار الوديع او الموصى له بالثلث اراد ان يبرهن على الوصية مع اقرار الوارث
او الوكيل بالبيع اقر بقبض الثمن فاراد المشتري ان يبرهن على نقده الثمن له ذلك
(انقروي عن البزازية) وفيه عن الفصولين ولو اقر الكبار بدين فعلى الغريم البينة
ليثبت دينه في حق الصغار اذ اقرار الكبار لم يعمل في حق الصغار ولو اقر به كل
الورثة فاقام المدعي بينة تقبل لاحتياجه الى الاثبات في حق غيرهم ايضاً اذ ربما يظهر
غريم آخر ودينه ظاهر ودين المقر له لا يظهر في حقه باقرار الورثة وكذا لو اقروا
بالوصية فاقام البينة تقبل ايضاً ولا يجوز اقرار الوصي بدين الا ان يشهد هو ومعه
آخر فيصح على معنى الشهادة ولو قضى الوارث دين الميت من التركة باقراره فجاء دائن
اخر يضمن له وان اداه بقضاء لم يضمن ويشارك الاول اه وفيه عن التتارخانية ولو اقر
الوارث بالدين الا انه قال لم يصل الي شيء من تركة الاب فان صدقه المدعي في ذلك
فلا شيء له وان كذبه وقال لا بل وصل اليه الف درهم او اكثر واراد ان يحلفه
حلفه على البتات بان ما وصل اليك من مال ابيك هذا الالف ولا شيء منه فان نكل
لزمه القضاء وان حلف لا شيء عليه غير انه اذا كان الوارث منكراً واراد المدعي ان
يحلفه عَلَى الدين فليس له ان يمتنع عن اليمين بحجة ان ليس في يده شيء من التركة اه
وفيه عن خزانة الاكمل ولو ادعى ديناً في التركة ليس له ان يطلب من القاضي احتفاظ
التركة مخافة الاتلاف من الورثة ما لم يقم البينة اه وفي الحامدية اذا كان لزيد استحقاق
معلوم في وقف اهلي فمات لا عن تركة وله ولد انتقل الاستحقاق اليه بشرط الواقف
فقام عمرو يدعي ديناً له بذمة زيد ويكلف ولده دفعه له من استحقاقه الذي استحقه
بعد موت ابيه فليس له ذلك اذ لا يكلف الابن وفاء دين ابيه من استحقاقه المذكور
اه وفيها عن الفصولين لاحد الورثة استخلاص العين من التركة باداء قيمتها الى الغرماء
اه وفي الفصولين عليه دين غير مستغرق فللحاضر من ورثته بيع حصته لحصته من الدين
لا بيع حصة غيره لانه ملك الوارث الاخر اذ الدين لم يستغرق فلو دفعت الورثة الى
احدهم كرماً من التركة ليقضي دين مورثهم وهو غير مستغرق فقضاه صح لانه بيع منهم
لحصتهم منه بقدر الدين لانهم لو دفعوا الى اجنبي لاداء الدين يكون بيعاً هنا ولو
مستغرقاً لا يصح اه لان ولاية بيع التركة المستغرقة للقاضي لا للورثة اذ لا ملك لهم
فيها نص عليه في الغرر والحامدية وغيرهما

اما اذا اراد ان يدعي واحد قبل القسمة فرساً من التركة هو في يد واحد من الورثة فقط بقوله هذا فرسي وكنت اودعته عند الميت فالخصم من الورثة هو ذو اليد فقط

ولكن لا يثبت كونه ذا يد بمجرد اقراره بل لا بد من بينة . قال في الانقروي عن القاعدية فما لم يثبت كونه صاحب اليد لمال الميت لا يصير خصماً عن الميت وتصادقهما ان المحدود في يد المدعى عليه لا يكون حجة على الميت ولا يكتفي به القاضي لانهما متهمان في ذلك اه انظر المادة ١٧٥٤ من المجلة

وان ادعى على غيره من باقي الورثة لا تسمع دعواه واذا ادعى على ذي اليد وحكم باقراره فلا يسري اقراره الى سائر الورثة ولا ينفذ الا بمقدار حصته ويحكم بحصته في ذلك الفرس للمدعي وان انكر الوارث الذي هو ذو اليد واثبت المدعي دعواه يحكم على جميع الورثة . راجع المادة ٧٨

حتى اذا حضر بعد ذلك وارث اخر وادعى تلك العين بالارث لا تسمع دعواه لانه صار محكوماً عليه غير انه يشترط لذلك ان يكون الوارث الاول المحكوم عليه قد ادعى العين بالارث وان يدعيها الوارث الثاني بالارث ايضاً من جهة واحدة اما اذا ادعاها احدهما ملكاً مطلقاً فلا يكون الحكم على الاول حكماً على الثاني قال في الانقروي عن البزازية ادعى الخارج كون الدار ميراثاً عن ابيه وصاحب اليد ادعى كونها له فبرهن الخارج وقضي له ثم ان الاخ للمقضى عليه ادعى كونها ميراثاً له عن ابيه الذي هو ابو المقضي عليه وبرهن يقضى بنصفها للمدعي هذا لان المقضي عليه لم يذكر كونها ميراثاً فاقتصر القضا عليه ولو قاله ومع ذلك قضي عليه لا تقبل دعوى الاخ اه . وفيه عن البحر تحت عنوان تنبيهات الاول انما ينتصب الحاضر الذي العين في يده خصماً عن الباقي اذا كانت العين لم تقسم بين الحاضر والغائب فان قسمت واودع الغائب نصيبه عند الحاضر كانت كسائر اماواله فلا ينتصب

الحاضر خصماً عنه ذكره العتابي عن مشايخنا وفي الفصولين ولو اودع نصيبه من عين عند وارث اخر فادعى رجل هذا العين ينتصب هذا الوارث خصما عن الباقين لو كان العين في يده بخلاف الاجنبي اه الثاني انما لا تسمع دعوى الوارث الغائب اذا حضر بشرط ان يصدق ان العين ميراث بينه وبين الحاضر اما لو انكر الارث وادعى انه اشتراها او ورث نصيبه من رجل اخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء على الغائب فتسمع دعواه وتقبل بينته والحاصل انه انما ينتصب الحاضر خصما عن الباقين بثلاثة شروط كون العين كلها في يده وان لا تكون مقسومة وان يصدق الغائب على انها ارث عن الميت المعين . الثالث انما يكفي اثبات بعض الورثة لو ادعى الجميع وقضي به اما لو ادعى حصته فقط وقضي بها فلا يثبت حق الباقين . الرابع ادعى بيتاً فقال ذو اليد انه ملكي ورثته من ابي فلو قضي عليه فظهر على جميع الورثة فليس لاحد منهم ان يدعيه بجهة الارث اذ صار مورثه مقضياً عليه فلو ادعاه احدهم ملكا مطلقاً تقبل اذ لم يقض عليه في الملك المطلق ولو ادعاه ذو اليد ملكا مطلقاً لا ارثا لا تصير الورثة مقضياً عليهم فلهم اخذه بدعوى الارث لكن ليس لذي اليد حصة فيه اذا قضي عليه . الخامس اذا كان الورثة كباراً غياباً وصغيراً نصب القاضي وكيلاً عن الصغير لسماع دعوى الدين على الميت والقضا على هذا الوكيل قضاء على جميع الورثة السادس يحلف الوارث على الدين اذا انكره وان لم يكن للميت تركة . السابع يصح الاثبات عَلَى الوارث وان لم يكن للميت تركة اه وفي جامع الفصولين في يد الحاضر ضيعة وفي يد الغائب ضيعة اخرى ادعى على الحاضر متول انهما وقف رجل واحد عَلَى كذا و برهن ان قالا انهما وقف رجل واحد عَلَى كذا وقفاً واحداً وكانتا ملكه يقضى عَلَى الحاضر والغائب بوقفيتهما وان قالا وقفهما وقفاً منفرقاً يقضى عَلَى الحاضر فقط وقيل في المسالة نوع اشكال لان هذه المسالة التحقت بمسالة احد الورثة وفيها انما يقضى اذا كان العين في يد الوارث الذي حضر فانه نص ابو الليث ان احد الورثة انما يجعل خصما عن الكل لو التركة في يده فان احضر وارثاً ليس العين في يده لا تصح الدعوى عليه ولا القضاء فعلى هذا هنا يلزم ان يقضى عَلَى الحاضر لا غير في الوجهين جميعاً اه

❋ المادة ١٦٤٣ ❋ ليس لاحد الشركا في عين ملكوه بسبب غير

الارث ان يكون في الدعوى خصماً للمدعي في حصة الاخر

لانه لا ينتصب احد خصماً عن احد قصداً بغير وكالة ونيابة او ولاية (اشباه) وفي دعوي الارث ينتصب احد الورثة خصما عن البقية لان الدعوى قائمة على الميت فكل من الورثة ينوب عنه لان كلاً منهم قائم مقام المورث حقيقة وحكما بخلاف دعوى غير الارث . قال في الدرر والغرر اذا اشترك الدين بين شريكين لا بجهة الارث فاحدهما لا ينتصب خصماً عن الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف ما اذا اشتركا بجهة الارث فاحدهما ينتصب خصما عن الاخر وعند ابي يوسف ومحمد ينتصب خصماً على كل حال ثم علَى قولهما اذا حضر الغائب وصدق الحاضر في ما ادعى كان بالخيار ان شاء شارك المدعي فيما قبض ثم يتبعان المطلوب وان شاء يتبع المطلوب ويأخذ نصيبه اه

مثلاً لو ادعى واحد في حضور الشركاء داراً ملكوها بطريق الشراء بانها ملكه واثبت ما ادعاه وحكم بذلك يكون الحكم مقصوراً على حصة الشريك الحاضر فقط ولا يسرى الى حصص الباقين

وكذا لو ادعى رجل اني وفلاناً الغائب اشترينا هذه الدار من هذا الرجل بالف درهم ونقدنا له الثمن واقام البينة على ذلك يقضى للحاضر بنصف الدار فاذا قدم الغائب كلف اعادة البينة (هندية) وفيها رجل مات واوصي بوصايا شتى لاناس مختلفين فحضر واحد من الموصى لهم واقام البينة على الوصية بحضور احد الورثة فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يقضى بنصيب الحاضر دون الغائب اه وفي الانقروي عن القاعدية رجل في يده دار اقام اخر بينة انها له واقام رجل اخر بينة انها له ولفلان اشترياها من ذي اليد ونقدا الثمن وقبضا الدار والشريك غائب قال في قياس ابي حنيفة يقضي بالدار ارباعاً لان الذي يدعي الشرا لنفسه وللشريك الغائب لا يكون خصماً عن شريكه فكان هو مدعياً للنصف والمدعي الاخر يدعي الكل ولو كان مدعي الشرا اقام البينة ان الدار كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له ولاخيه الغائب فان القاضي يقضي للذي يدعي الكل لنفسه بنصف الدار وبالنصف للميت ويدفع الربع الى الابن الحاضر ويضع الربع في يد المدعى عليه حتى يحضر الغائب فاذا حضر الغائب اخذ

الربع بغير بينة اه راجع شرح الفقرة الثالثة من المادة السابقة وفي جامع الفصولين ولو استحق مال المضاربة فلو فيه ربح فالمضارب خصم بقدر حصته ولا يشترط حضرة رب المال في هذا القدر ولو لا ربح فالخصم رب المال لا المضارب اه

﴿المادة ١٦٤٤﴾ تسمع دعوى واحد من العامة اذا صار مدعياً و يحكم على المدعى عليه في دعاوى المحال العائد نفعها الى العموم كالطريق العام

والنهر والمرعى وما شا كل ذلك. والطريق العام ما لا يحصى قومه او ما تركه للمرور قوم بنوا دوراً في ارض غير مملوكة فهي باقية على ملك العامة وهذا مختار شيخ الاسلام والاول مختار الامام الحلواني كما في العمادي كذا في رد المختار. ثم انه اذا ادعى واحد عَلَى اخر محلاً يعود نفعه الى العموم كما لو ادعى على اخر ان هذه الارض مخصصة منذ القديم لمرعى القرية او انها من الطريق العام وادعى المدعى عليه انها ملكه وحكم له على المدعي فهل يسري هذا الحكم على العامة حتى لا تسمع دعوى احدهم في ذلك لم اره صريحاً فاقول والله المسئول انه اذا حكم على المدعي باقراره فلا ريب ان الحكم لا يسري على العامة لان الاقرار حجة قاصرة كما مر في المادة ٧٨ وهذا لا اشكال فيه وانما الاشكال فيما لو حكم على المدعي بالبينة وعلى ما يظهر لي من المادة الاتية انه اذا كان اهل القرية محصورين لا يسري الحكم عليهم وان كانوا غير محصورين يسري عليهم لانه سياتي في المادة الاتية بانه يكفي حضور البعض من الفريقين في دعوى الاشيا التي منافعها مشتركة بين اهالي قريتين كالنهر والمرعى اذا كانوا غير محصورين اما اذا كانوا محصورين فلا بد من حضورهم كلهم والامر ظاهر بانه في الحالة التي يكفي فيها حضور بعضهم يكون البعض الحاضر خصماً عن البعض الغائب والحكم على الحاضر حكم على كليهما اما في الحالة التي لا بد فيها من حضور الجميع فالامر واضح بانه اذا حضر بعضهم فقط فلا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب والحكم عليه لا يسري على غيره والله اعلم

فائدة قال في الحامدية ادعى الموقوف عليه ارضاً انها موقوفة عليه من جده مثلاً لو ادعاها باذن القاضي يصح وفاقاً و بغير اذنه لا يصح على الاصح لان له حقاً

في الغلة لا غير فلا يكون خصماً في شيء آخر ولو كان الموقوف عليه جماعة فادعى احدهم انه وقف بغير اذن القاضي لا يصح رواية واحدة ومستحق غلة الوقف لا يملك دعوى غلة الوقف وانما يملكها المتولي ولو كان الوقف على رجل معين قيل يجوز ان يكون هو المتولي بغير اطلاق القاضي و يفتى بانه لا يصح لان حقه الاخذ لا التصرف في الوقف ولو غصب الوقف واحد ليس لاحد الموقوف عليهم خصومته بلا اذن القاضي (جامع الفصولين) وفي الدر المختار الموقوف عليه الغلة او السكنى لا يملك الاجارة ولا الدعوى لو غصب منه الوقف الا بتولية او اذن قاضٍ ولو الوقف على رجل معين على ما عليه الفتوى لان حقه في الغلة لا العين اه

﴿المادة ١٦٤٥﴾ يكفي حضور البعض من الجانبين في دعوى الاشياء المشتركة منافعها بين اهالي قريتين كالنهر والمرعى اذا كانوا قوماً غير محصور ، اما اذا كانوا قوماً محصوراً فلا يكفي حضور بعضهم بل يلزم حضور كلهم او وكلاهم

ويحسن بنا ان نمثل لذلك بما جاء في الخانية ونصه نهر عظيم لاهل قرى لا يحصون ادعى قوم سواهم ان هذا النهر لقرى معلومة لا يحصى اهلها واقام البينة على ما ادعى والمدعى عليهم لا يحصون ففيهم الصغير والكبير وانما حضر واحد منهم قال محمد اذا كان النهر بهذه الصفة يجوز القضا بدعوى واحد من المدعين على واحد من المدعى عليهم ويخرج النهر من ان يكون نهراً لجماعة المسلمين ويصير لاهل تلك القرى خاصة بمنزلة طريق نافذ من طرق المسلمين اقام قوم بينة على انه لهم دون غيرهم فانه يقضى بتلك البينة كذلك النهر لقوم لا يحصون وان كان النهر لقوم يحصون معروفين لم يقضَ عليهم عند حضرة احدهم وانما يقضي على من حضر منهم خاصةً اه قلت وهذا مؤيد لما قدمناه في شرح المادة السابقة من انه لو حكم على احد العامة بالبينة فالحكم عليه حكم على الكل ان كانوا غير محصورين وان كانوا محصورين فالحكم لا يسري على غيره فراجعه

﴿الماده ١٦٤٦﴾ اهالي القرية الذين عددهم يزيد عن المائة يعدون قوماً غير محصور

ويدخل فيهم الكبير والصغير والعاقل والمجنون والرجال والنساء لانهم متساوون في الانتفاع . ثم انه عند اقامة الدعوى يجب على المحكمة في بادىء الامر ان تبحث عما اذا كان اهالي القرية قوماً محصور او غير محصور حتى اذا كان الوجه الاول تستحضر جميع الاهالي وان كان الوجه الثاني فتكتفي بحضور بعضهم وان ذهلت عن ذلك فالحكم ينقض وبذلك جملة قرارات من محكمة التمييز منها قرار مؤرخ في ٢٥ مايس سنة ٣٠٩ (ج . م . عد ٧٤٨) ولها قرار آخر مؤرخ في ٢٥ كانون الثاني سنة ٣٠٤ موءداه اذا حضر المحاكمة بالوكالة عن اهالي قرية فلا يكفي ان يقال في الاعلام انه حضر بالوكالة عن اهالي القرية الفلانية بل يلزم ان يذكر اسم الموكلين (ج .م عد ٨١٥)

الباب الرابع

في التناقض

﴿المادة ١٦٤٧﴾ التناقض يكون مانعاً لدعوى الملكية

هذا اذا كان الكلام الاول قد اثبت حقاً لشخص معين والا لم يمنع كقوله لا حق لي على احد من اهالي سمرقند ثم ادعى على واحد منهم تسمع دعواه كما في المؤيدية عن صدر الشريعة (رد محتار) راجع المادة ١٥٦٧ ومن هذا القبيل ما في الخانية اذا قال هذه الدار ليست لي ثم اقام البينة انها له قبلت بينته لانه لم يقر لرجل معروف اه وفي الانقروي عن العمادية اذا قال ذو اليد ليس هذا لي او ليس ملكي او لا حق لي فيه او ليس لي فيه حق او ما كان لي او نحو ذلك ولا منازع له حين ما قال ثم ادعى ذلك واحد فقال ذو اليد هو لي صح ذلك منه والقول قوله وهذا التناقض لا يمنع لان قوله ليس هذا لي واشباه ذلك مما ذكرنا لم يثبت لاحد حقاً لان الاقرار للمجهول باطل والتناقض انما يمنع اذا تضمن ابطال حق على احد ولو كان لذي اليد منازع يدعي ذلك حين ما قال هذه الالفاظ فعلى رواية الجامع يكون هذا اقراراً منه بالملك للمنازع وعلى رواية دعوى الاصل لا يكون اقراراً للمنازع ولو اقر بما ذكرنا غير ذي اليد ذكر شيخ الاسلام في شرح الجامع ان قوله ليس هذا ملكاً لي او ما كانت

لي يمنعه من الدعوى بعد ذلك للتناقض وانما لم يمنع ذو اليد على ما مر لقيام اليد اه ونقل مثله في الدرر ثم قال احد الورثة لا دعوى لي في التركة لا يبطل دعواه لان ما ثبت شرعاً من حق لازم لا يسقط بالاسقاط كما لو قال لست انا ابناً لابي اه

مثلاً لو طلب واحد شراء مال ثم ادعى بانه ملكه قبل الاستشراء لا تسمع دعواه

لان الاستشراء اقرار بانه لا ملك له كما مر في المادة ١٠٨٣ فدعواه الملك قبل الاستشراء تناقض يمنع من الدعوى وانما قيدنا يكون دعواه قبل الاستشراء احترازاً عما لو ادعى الملك بسبب بعد الاستشراء لامكان التوفيق قال في الهندية رجل اقر ان هذا العبد لفلان ثم مكث مقدار ما يمكنه الشرا منه ثم اقام البينة على الشرا من فلان ولم بوقت الشهود وقتاً قبلت بينته و كذا لو اقر ان هذا العبد لفلان لا حق لي فيه ثم مكث حيناً ثم ادعى انه اشتراه منه واقام البينة ان وقت الشهود انه اشتراه بعد الاقرار قبلت والا لا و كذا لو اقر ان هذا العبد كان لفلان لا حق لي فيه ثم اقام الشهود انه اشتراه منه ان وقت الشهود وقتاً بعد الاقرار جاز والا فلا اه انظر المادة ١٦٥٧ وشرحها

و كذا لو قال لا حق لي عند فلان ثم ادعى عليه شيئاً لا تسمع دعواه

اي لو ادعى شيئاً سابقاً على البرآة اما لو ادعى عيناً او ديناً وجب له بعد وقوع الابراء فتسمع دعواه لعدم التناقض كما مر في المادة ١٥٦٣ وفي الانقروي استمهل في قضاء الدين ثم ادعى الابراء لا تسمع اه قلت ولكن لو ادعى وقوع الابراء بعد الاستمهال فلا مانع من سماع دعواه لعدم التناقض في دعواه فتنبه . وفي الحامدية ادعى رجل مالاً او عيناً فقال المدعى عليه انك اقررت في حال جواز اقرارك ان لا دعوى ولا خصومة لك علي واثبت ذلك بالبينة تسمع دعواه وتندفع دعوى المدعي وان كان يحتمل انه يدعي بسبب بعد الاقرار لكون الاصل ان الموجب والمسقط اذا تعارضا يجعل المسقط آخراً لان السقوط بعد الوجوب سواء اتصل القضاء بالاول او لم يتصل كذا في العمادية اه

و كذا لو ادعى على اخر اني كنت سلمتك كذا و كذا من الدراهم

لتعطيها الى فلان فلم تؤدها له بل هي باقية في يدك فاطلبها منك وانكر المدعى عليه ذلك ولما اقام المدعي البينة عاد المدعى عليه يقول نعم كنت اعطيتني ذلك المبلغ وانا دفعته الى من امرت قاصداً بذلك دفع الدعوى فلا يسمع دفعه

ينبغي تقييد الانكار بقول يناقض كلامه الثاني بان يقول مثلاً لم تعطني ذلك المبلغ او ما قبضت منك شيئاً اما لو قال اي المدعى عليه ليس لك في ذمتي شيء او ليس لك علي شي ثم اثبت المدعي دعواه بالبينة فقال المدعى عليه نعم كنت اعطيتني ذلك المبلغ وانا دفعته الى من امرت تسمع دعواه لعدم التناقض انظر المادة ١٦٥٧ وشرحها

وكذا لو ادعى حانوتاً في يد غيره بانه ملكه فاجاب ذو اليد نعم كان ملكك ولكنك بعته مني في التاريخ الفلاني وانكر المدعي ذلك بقوله لم يجر بيننا بيع ولا شراء قط ولما اثبت ذو اليد ما ادعاه رجع المدعي يقول نعم اني كنت بعته منك في ذلك التاريخ ولكن هذا البيع كان عقد بطريق الوفاء او بشرط مفسد هو كذا فلا يسمع دفع المدعى

اعلم ان فروع التناقض كثيرة ولهذا اردنا ذكر بعضها تعميما للفائدة · ادعى على آخر انه اخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو باخي ثم مات المدعي عن تركة فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه لم يقبل للتناقض وان قال طالب النفقة هو ابي او ابني وكذبه ثم بعد موته صدقه المدعى عليه وادعى الارث تقبل والفرق ان ادعاء الولاد مجرداً يقبل لعدم حمل النسب عَلَى الغير بخلاف دعوى الاخوة افاده ح · ادعى عليه الفاً ديناً فانكر ثم ادعاها من جهة الشركة لا تسمع و بالعكس تسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز كونه ديناً بالجحود · ادعى الشرا من ابيه ثم برهن على انه ورثها منه يقبل لامكان انه جحده الشرا ثم ورثه منه و بالعكس لا ادعى اولاً الوقف ثم ادعاه لنفسه لا تسمع كما لو ادعاها لغيره ثم ادعاها لنفسه و بالعكس تسمع لصحة الاضافة بالاخصية انتفاعاً · ادعاه بشراء او ارث ثم ادعاه مطلقاً لا تسمع بخلاف العكس اه عن الدر المختار ورد المحتار · ادعى عليه مالاً بحكم الكفالة فقال ماتكفلت

اصلاً ثم اثبته عليه فادعى المدعى عليه ان الاصيل اداه لا يسمع منه لانه انما يسمع
على الاعتبار كونه كفيلاً والا فهو فضولي فيضمن دعوى الايصال في مقام الخصومة
والاقرار بالكفالة وانه انكر في الابتداء فهو مناقض (علي افندي عن القنية) باع
ارضاً ثم ادعى انها وقف هل تسمع دعواه فيه تفصيل تقدم في شرح المادة ١٠٠ فراجعه
اه وفي الخيرية باع ابن امرأة بالوكالة عنها نصف محدود لها واجر النصف الباقي من
رجل ثم ادعى ان المحدود ملك ابيه لا تسمع دعواه للتناقض . وفيها ادعى على آخر
كفالة بدين فانكرها فاقام المدعي البينة عليه بها فادعى الابراء منها لا تسمع دعواه
لتناقضه الظاهر اه وفي التنوير اقر بدين ثم ادعى ان بعضه قرض و بعضه ربا وبرهن
عليه قبل برهانه اه ولو ادعى عَلَى اخر انه باعه امته فقال الاخر لم ابعها منك قط
فبرهن المدعي عَلَى الشرا منه فوجد المدعي بها عيناً واراد ردها فبرهن البائع ان
المشتري بريء اليه من كل عيب بها لم تقبل بينة البائع للتناقض وعن الثاني تقبل
لامكان التوفيق ببيع وكيله وابرائه من العيب اه وفي التكملة عن عدة الفتاوى انكر
البيع فبرهن عليه المشتري فادعى البائع الاقالة يسمع هذا الدفع ولو لم يدع الاقالة
ولكن ادعى ايفاء الثمن او الابراء اختلف المتأخرون اه وفي الانقروي عن العمادية
ادعى ملكاً مطلقاً ثم ادعاه في وقت اخر بسبب حادث على ذلك الرجل عند ذلك
القاضي يسمع وكذا لو ادعاه مطلقاً ثم ادعاه بالنتاج ولو ادعى الملك بسبب ثم ادعاه
على ذلك الرجل عند ذلك القاضي مطلقاً لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته ولو ادعى
النتاج ثم ادعاه بسبب على ذلك الرجل فعلى قياس مالو ادعى النتاج وشهدوا بملك بسبب
ينبغي ان لا تصح دعواه اه وفيه عن البزازية ادعى على اخر عند غير الحاكم بالشرا او
الارث ثم ادعاه عند الحاكم ملكاً مطلقاً ان كان ادعى الشرا من معروف لا تقبل
وان كان ادعاه من رجل مجهول او من رجل ثم ادعى المطلق عند حاكم تقبل دلت
المسالة عَلَى انه لا يشترط في التناقض كون الكلامين المتدافعين في مجلس الحكم بل
يكتفى بكون الثاني في مجلس الحاكم اه وفيه عن الظهيرية ادعى بسبب الشرا على رجل
ثم ظهر انه لم يكن صاحب يد ولم تصح الدعوى عليه ثم اعاد الدعوى على ذي اليد
وادعاه ملكاً مطلقاً قيل يصح وقيل لا وهو الاصح اه وفيه عن الفصولين لو ادعى الشرا
ثم ادعى الملك المطلق لا تسمع وهذا لو ادعى الشرا اولاً ولم يذكر القبض اما لو
ادعى الشرا مع القبض اولاً ثم ادعاه على ذلك الرجل عند ذلك القاضي ملكاً مطلقاً

هل يسمع قيل ينبغي ان يكون فيه اختلاف المشايخ كما لو ادعى شراء مع قبض وشهدا له بملك مطلق اختلف فيه المشايخ وهذا لان دعوى الشرا مع القبض دعوى مطلق الملك فكأنه ادعاه اولاً مطلقاً فتسمع دعواه ثانياً عندهم لعدم التناقض على قولهم اه وفيه عن النصاب ادعى على اخر الف درهم ثمن مبيع بشرائطه ولم يمكنه اثباته فادعى ان ذلك الالف وديعة لا تسمع لان ما في الذمة لا يكون وديعة ولو ادعى على اخر الف درهم وديعة ولم يمكنه اثباته فادعى ان ذلك الالف قرض يسمع لان جاز ان يكون قرضاً ما كان وديعة فيقول اقرضتك ما في يدك اه وفيه عن القنية ادعى عليه ديناً من جهة ابيه وان التركة في يده ثم ادعاه بطريق الاصالة لا تسمع. يتيم بلغ فادعى ارضاً من تركة اخيه الميت موروثة من والديهما ثم ادعاه ملكاً على الخصوص لظهور ذلك له لاقرار صدر من اخيه المتوفي انها له تصح ولا تنافي بينهما اه وفيه عن البزازية ادعى على اخر كرماً انه اشتراه منه بيعاً باتاً ثم ادعى على ذلك المدعى عليه ذلك الكرم بالوفا لا تسمع دعواه لانه لا يمكن التوفيق اه وفيه عن الاستروشنية ولو ادعى البائع على المشتري ثمن العبد المبيع فقال المدعى عليه ما اشتريت العبد منك قط فاقام المدعي بينة على شراء العبد فقال المدعى عليه اني اوفيت الثمن او انك ابرأتني منه واقام البينة لا تقبل للتناقض اه وفيه عن الفصولين ادعى داراً ارثاً عن ابيه فقال خصمه لم يكن لابيك فيها حق ثم ادعى انه شراها من ابي المدعي او ادعى ان اباه اقر بها له يسمع لانه لم يكن لابيه بعدما شرى ولو قال لم يكن لابيك قط او لم يكن لابيك فيها حق قط لا تسمع دعواه الشرا للتناقض وتسمع دعواه اقرار ابيه له لعدم التناقض اه وفيه عن جواهر الفتاوي رجل ادعى على اخر ديناً فقال المدعى عليه اديته ثم ادعى انه ابرأه يكون مسموعاً ولا يكون متناقضاً لانه لا تناقض فيه يقال براءة قبض واستيفاء اه وفيه عن الفصولين ادعى نصف دار ثم ادعى كلها قيل لا يسمع ولو على العكس يقبل والصواب انه يقبل في الوجهين جميعاً وفي البزازية والفتوى على انه اذا لم ينف الملك في الزائد تسمع دعوى الزائد وان نفاه لا اه وفيه عن الخانية اقر انه باع عبده من فلان ولم يذكر الثمن ثم جحده صح جحوده لان اقراره بالبيع بغير ثمن باطل اه ولو اقر المشتري بقبض المبيع واستيفاء حقه ثم ادعى فيه عيباً قديماً لا تسمع دعواه لانه لما كان المبيع معيناً كان اقراره بقبضه واستيفاء الحق مناقضاً لدعوى العيب

وفي الهندية رجل اقر عند القاضي ان هذا العهد او الدار لفلان غير ذي اليد ثم اقام البينة انه له اشتراه من الذي في يديه قبل اقراره لا تقبل . اقر الوارث بان العين هذه لم تكن لمورثه بل كانت عنده وديعة لفلان ثم برهن انها كانت لمورثه اخذها من بعد موته او حال حياته ردت الى الوارث ان اميناً حتى يقدم المودع والا جعلت في يدي عدل هذا اذا اقر بها لمعلوم اما اذا قال ليس هذا الشيء لمورثه ثم ادعاه انه لمورثه دفع الى الوارث بعد التلوم اذا لم يحضر له مطالب . رجل قال مالي بالري حق في دار او ارض ثم ادعى واقام البينة في دار في يدي انسان بالري انها له تقبل (راجع المادة ١٥٦٧) ادعى عليه اخر تركة فيما في يده بحق الوراثة عن ابيه فانكر المدعى عليه وقال لم يكن لابي فيها حق ثم ادعى عليه انه كان اشتراها من ابيه او ادعى ان اباه كان اقر له بها فدعواه صحيحة و بينتهُ مسموعة لانه يمكنه ان يقول لم يكن لابي بعد ما اشتريتها منه فان كان قال لم يكن لابي قط لا تسمع دعواه الشرا من ابيهِ لان فيه تناقضاً وتسمع دعواه اقرار ابيه له لان لا تناقض فيه . قوم ورثوا داراً عن ابيهم واقتسموها برضاهم فادعى بعضهم ان اباه كان قد تصدق بطائفة منها معلومة عليه او ادعى ذلك لابن له صغير وقال مات ابني فورثتها منه واقام عَلَى ذلك بينة فدعواه باطلة و بينته مردودة ولو كان ادعى ديناً على ابيه صحت دعواه وقبلت بينته . لو ان رجلاً اقر ان فلاناً مات وترك هذه الارض او هذه الدار ميراثاً ثم بعد ذلك ادعى ان الميت اوصى له بالثلث تقبل بينته واقراره السابق لا يخرجه من دعوى الوصية و كذلك ورثة اقروا جميعاً ان هذه المواضع ميراث بيننا عن ابينا ثم ادعى احدهم ان ثلث هذه المواضع وصية من ابي لابني الصغير فلان واقام البينة تقبل بينته . رجل ادعى ديناً في تركة ميت وصدقه الوارث في ذلك وضمن له ايفاء الدين ثم ادعى الوارث بعد ذلك ان الميت كان قد قضى المال في حياته لا تصح دعواه ولا تسمع بينته . رجل ادعى عَلَى رجل الف درهم فقال المدعي عليه قد قضيتها في سوق سمرقند فطولب بالبينة فقال لا بينة لي على ذلك ثم قال بعد ذلك قضيتها في قرية كذا واقام البينة على ذلك تقبل بينته . ساوم داراً في يد رجل ثم برهن على شرائها من فلان مالكها لا يقبل الا ان يبرهن على الشراء من فلان بعد المساومة او عَلَى ان المساوم منه كان وكيل فلان بالبيع . اشترى ثوباً او ساومه او استوهبه ثم ادعى انه كان ملكه قبل الشرا او المساومة او قبل الاستيهاب او ادعى انه كان ملك ابيه يوم المساومة

فمات وتركه ميراثاً له او وهبه له لا تسمع دعواه الا اذا صرح بملك ابيه عند المساومة بان اثبت انه قال عند المساومة ان هذا الثوب لابي ووكلك ببيعه فبعه مني فلم يتفق بينهما بيع ثم ادعى الارث عن ابيه يقبل لعدم التناقض ، وكذا لو قال عند الدعوى كان لابي وكله ببيعه فاشتريته ثم مات وترك ثمنه ميراثاً لي يسمع و يقضى له بالثمن لانه ليس بمتناقض . لو ادعى كل من الخصمين ان الاخر ساومه بالعين المدعى بها وارخا فالعبرة للتاريخ اللاحق وان لم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً تهاتر القولان (هندية) رجل ساوم بولد امة او ثمرة نخل او نخل في ارض في يد غيره ثم اقام البينة ان الامة او النخلة او الارض له يقضى له بالامة او النخلة او الارض دون الولد والثمرة والنخل ولو ادعى الام مع الولد او النخلة مع الثمرة او الارض مع النخل لا تسمع دعوى النخلة والثمرة والولد و كذلك لو كانت الام حاملاً فولدت في يده فساوم بالولد بعد اقامة البينة قبل القضاء بالامة و كذلك اذا قال الشاهدان ان الولد للمدعى عليه او قالا لا ندري لمن الولد و كذلك اذا لم تكن بينة للمدعي ولكن المدعى عليه اقر ان الام له دون ولدها ولو برهن على مساومة وكيله في مجلس القضاء خرج الوكيل وموكله من الخصومة وان في غير مجلسه خرج الوكيل فقط وان برهن الموكل على انه وكله غير جائز الاقرار وبرهن المدعى عليه على اقرار الوكيل فالموكل على دعواه وخرج الوكيل عن الخصومة (راجع المادتين ١٥١٧ و ١٥١٨) كفل بالمهر او بثمن المبيع ثم ادعى فساد النكاح او البيع من وجه كذا لا تسمع دعواه لان الاقدام على التزام المال اقرار بصحة وجوبه (انقروي) لو اشترى جارية متنقبة فلما جاءت و كشفت نقابها قال المشتري هذه جاريتي ولم اعرفها بالنقاب لا تقبل دعواه ولا بينته وان اشترى منه متاعاً في جراب مدرج او ثوباً في منديل ملفف فلما اخرجه ونشره قال هذا متاعي ولم اعرفه تقبل بينته ودعواه قال محمد كلما تمكن معرفته عند المساومة مثل الجارية المتنقبة القائمة بين يديه لا يقبل قوله انه لم يعرفه وكل ما لا تمكن معرفته حين المساومة مثل ثوب في منديل او جارية قاعدة عليها كساء مغطاة لا يرى منها شيء تقبل دعواه و بينته . دار في يد رجل قال له رجل ادفع لي هذه الدار اسكنها فابى ان يدفع فادعى السائل انها له تسمع دعواه وكذا لو قال اعطني هذه الدابة لاركبها او قال ناولني هذا الثوب البسه ولو قال اسكني هذه او اعرني هذه الدار او هذه الدابة او هذا الثوب ثم ادعاه لا تسمع دعواه . لو ادعى النتاج اولاً في دابة ثم ادعاه بعد ذلك بسبب عند ذلك

القاضي ينبغي ان لا تصح دعواه الثانية بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق اولاً ثم ادعاه بعد ذلك بسبب عند ذلك القاضي . ادعت المرأة مهر المثل ، ثم ادعت بعد ذلك المهر المسمى تسمع دعواها الثانية ولو ادعت المسمى اولاً ثم ادعت مهر المثل لا تسمع دعواها الثانية اه وفي جامع الفصولين ادعت مهراً مسمى في التركة وهو مائة ثم ادعت ان زوجها زاد لها مائة اخرى لا تصح الدعوى بالثاني لانها لما قالت كان التزوج بمائة فقد اقرت ان كل المهر مائة فاذا ادعت الزيادة بعده والزيادة تلحق باصل العقد ظهر ان المائة الاولى لم تكن كل المهر بل بعضه فتناقض وقيل تصح لانها تدعي المائة بحكم زمن العقد والمائة الاخرى بحكم انه زاد في الزمن الثاني اه وفي الهندية امرأة تطالب زوجها بمهرها فقال الزوج مرةً اوفيتها ومرة قال اديت الى ابيها قالوا لا يكون متناقضاً . امرأة باعت كرماً فادعى ابنها وهو غير بالغ ان الكرم له ورثه من ابيه وصدقته امه البائعة وزعمت انها لم تكن وصية له قالوا ان كانت ادعت وقت البيع انها وصية الصغير لا يقبل قولها بعد ذلك انها لم تكن وصية له وكانت عليها قيمة المبيع للصغير باقرارها على نفسها انها استهلكتهُ بالبيع والتسليم ولا تسمع بينة الغلام الا باذن من له ولاية عليهِ . صبي له عقارات موروثة ادعى بعد بلوغه عقاراً من عقاراته عَلَى رجل ان وصيهُ باعه مكرها وسلم مكرهاً فاراد استرداده من المشتري ثم ادعى مرة اخرى ذلك العقار ان وصيه باعه بغبن فاحش فالقاضي يسمع منه الدعوى الثانية رجل اشترى من رجل عبداً ثم ادعى البائع انه كان فضولياً في هذا البيع واراد استرداد العبد من المشتري وانكر المشتري ذلك او ادعى المشتري ان البائع كان فضولياً في هذا البيع واراد استرداد الثمن لا تصح دعواه وان اراد ان يقيم بينة على ما ادعى من كونهُ فضولياً في البيع لا تسمع بينته وكذا اذا لم تكن له بينة واراد ان يحلف صاحبه على ما ادعى من كونه فضولياً ليس له ذلك (راجع المادة ١٠٠) مشتري الارض اذا اقر ان الارض مقبرة او مسجد وانفذ القاضي اقراره بحضرة من يخاصمه ثم اقام المشتري البينة على البائع ليرجع بالثمن عليه قبلت بينته ولو ادعى المشتري على بائعه ان الارض التي بعت مني وقف على مسجد كذا تقبل و ينتقض البيع وهو الاصح . رجل ادعى على اخر انه كان لفلان عليك كذا وقد مات وصار ماله عليك ميراثاً لي فقال المدعى عليه اوفيته هذا المال ثم قال بعد ذلك لا علم لي بوراثتك يسمع ذلك منه . رجل ادعي على امرأة انه تزوجها وانكرت ثم مات الرجل فجاءت تدعي ميراثه فلها

الميراث ولو كانت المراة ادعت النكاح فانكر الرجل ثم ماتت فطلب الرجل ميراثها وزعم انه كان تزوجها كان له الميراث · رجل في يده مملوك ادعاه رجل انه مملوكه والذي في يده يجحد وادعاه لنفسه فحلفه القاضي ما هو لهذا المدعي فابى ان يحلف وقضى القاضي عليه بنكوله فقال الذي في يده قد كنت اشتريته منك قبل الخصومة واقام على ذلك بينة قبلت بينته وقضي له به ولا يكون اباؤه اليمين اكذاباً لشهود الشراء ولو اقام البينة انه ولد في ملكه ثم اقام بينة اني اشتريته من فلان اخر سوى المدعي لا تقبل · ثلاثة نفر اقاموا بينة على رجل بمال لهم قبله من ميراثهم عن ابيهم وقضى القاضي به لهم ثم قال احدهم بعد ذلك ما لي في هذا المال من حق وانما هو لاخوي قال لا يبطل بهذا القول على المقضى عليه شيء الا ان يقول ما كان لي اصلاً في هذا المال شيء وما هو الا لاخوي حينئذٍ يبطل حقه عن المقضى عليه ولو قال قبل ان يقضي القاضي بالمال ما لي في هذا المال حق وما هو الا لاخوي يسأل عن ذلك باي وجه صار لهما دونك وانما ادعيتم من ميراث ابيكم فان جاء بوجهٍ يكون له فيه من قوله مخرج قبل منه وان قال هذا القول ثم مات قضى القاضي به للاخوين بالثلثين وترك نصيب المقر ولو كان الذين اقاموا البينة هم الذين تولوا معاملتهم ولم يدعوا المال عليه من الميراث ولكن من شيء باعوه له ثم قال احدهم ما المال الا لهذين ما لي فيه حق كان المال كله لهذين ولم يبطل عن المدعى عليه شيء اه

❋ المادة ١٦٤٨ ❋ كما انه لا يصح لواحد ان يدعي لنفسه المال الذي اقر به لغيره كذلك لا يصح له ان يدعيه بالوكالة او بالوصاية عن اخر

لان فيه تناقضاً اذ ان المال الواحد لا يكون لشخصين في حالة واحدة (درر) والتناقض كما يمنع صحة الدعوى لنفسه يمنع صحة الدعوى لغيره فمن اقر بعين لغيره فكما لا يملك ان يدعيه لنفسه لا يملك ان يدعيه لغيره بوصاية وهذا اذا وجد منه ما يكون اقراراً بالملك له (هندية) وفي الخيرية رجل ضاع له جمل مقصوص به وسم وغاب عنه اياماً ونبت الشعر عليه فسمع انه بالمحل الفلاني فمضى اليه فلما رآه اشتبه بنبات الشعر عليه فقال ما هو جملي في غير محل النزاع ثم تبينه فعلم انه جمله هل اذا ادعاه واقام البينة تسمع دعواه وتقبل بينته اجاب في المسالة للاصحاب كلام حاصله اختلاف واضطراب و ينبغي التفصيل فيقال ان لم يكن هناك دعوى ونزاع واقر انه ليس له ثم

ادعاه لنفسه تقبل وان كان حال الدعوى والنزاع لا تقبل و بذلك وفق في جامع الفصولين اه (راجع شرح الفقرة الاولى من المادة السابقة) وفي الانقروي عن القنية كتب شهادته في صك بيع محدود ثم صار متولي المسجد فادعاه للمسجد لا يسمع ان كان كتب في الصك ان البائع باع ملكه فعرف بهذا ان اقرار الانسان بكون العين لغيره كما يمنع دعواه لنفسه يمنع دعواه لغيره وعلى هذا الوكيل بالخصومة كما يمنع الدعوى لموكله اذا اقر بعد التوكيل يمنعه اذا اقر قبل التوكيل اه وفيه عن الخلاصة دار في يد رجل فقال هذه الدار لفلان ثم اقام البينة ان الشجر له هو غرسه لا يقبل وكذا الخاتم والسيف اذا اقام البينة ان الفص او الحلية له لا تقبل بعد اقراره ان الجفن او الخاتم له ولو ادعى بيتاً او حانوتاً في يد رجل واقام البينة وقضى له به ثم اقام المدعى عليه البينة ان البناء له لا تسمع دعواه ولو اقر المقضي له ان البنا للمدعى عليه فهذا اكذاب للشهود اه وفيه لو اقر بارض لانسان فيها زرع دخل الزرع فيه من غير ذكر وان اقام المقر بينة ان الزرع لي قبلت قال استاذنا فلم يكن اقراره بالزرع مانعاً من قبول بينته عليه لما كان اقراره بذلك تبعاً وضمناً لاقراره بالارض ويخرج من هذه المسألة كثير من المسائل اه وفيه عن البزازية ادعى داراً و برهن وحكم له بالبنا تبعاً ثم اقر المقضي له ان البنا للمقضى عليه او برهن المقضي عليه بذلك فالبنا للمقضي عليه ولا يبطل في القضا في حق الارض وان نص الشهود في شهادتهم على البنا ايضاً واتصل به القضا ثم اقر المدعي بالبناء له بطل القضا لانه اكذب شهوده واكذابهم تفسيق وان برهن المقضي عليه ان البنا له لم يقض له به اه وفي الهندية لو قال هذا العبد لفلان ثم اقام البينة انه اشترى منه بالف ولم يوقته سمعت ولو قال هو لفلان اشتريته منه امس موصولاً فاقام بينة قبلت استحساناً وان قال مفصولاً بان قال هو لفلان وسكت ثم قال اشتريته منه امس لا يقبل اه

✷ المادة ١٦٤٩ ✷ اذا ابرا واحد اخر من جميع الدعاوى فلا يصح له ان يدعي عليه بعد ذلك مالاً لنفسه ولكن يصح له ان يدعي عليه لغيره بالوكالة او الوصاية

وذلك لعدم التناقض لان ابراء الرجل من جميع الدعاوى المتعلقة بما له لا

يقتضي عدم صحة دعوى مال غيره على ذلك الرجل وفي تنقيح الحامدية اذا اقر ان لا ملك له فيه فانه لا يمنع دعواه لغيره نيابة لان اقراره ان لا حق له فيه لا ينافي انه لغيره اه

تتمة : لا تسمع الدعوى بعد الابراء العام الا في اربع مسائل : الاولى اذا ابرأه عاماً ثم ادعى عليه ضمان الدرك فانها تسمع · الثانية اذا بلغ القاصر فابرأ وصيه من كل حق ودعوى ثم ظهر له شيء لم يكن يعلمه تسمع دعواه به كذا في تنقيح الحامدية انظر المادة ١٦٥٥ وشرحها · الثالثة اذا اقر الوصي انه استوفى جميع ما كان للميت على الناس ثم ادعى على رجل ديناً للميت تسمع دعواه · الرابعة لو اقر الوارث انه استوفى جميع ما كان لمورثه على الناس ثم ادعى ديناً لمورثه على احد تسمع دعواه كذا في الخانية قلت ولعل ذلك مفرع على ما قالوا من انه يشترط ان يكون الابراء لرجل معلوم او لاناس معلومين راجع المادة ١٥٦٧

﴿ المادة ١٦٥٠ ﴾ اذا ادعى واحد مالاً لآخر فلا يصح له بعد ذلك ان يدعيه لنفسه

ولا لغيره ايضاً قال في الهندية ادعى انه لفلان وكله بالخصومة فيه ثم ادعى انه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل الا اذا وفق وقال كان لفلان الاول وكان قد وكلني ثم باعه من الثاني ووكلني الثاني ايضاً والتدارك ممكن بان غاب عن المجلس وجاء بعد مدة وبرهن على ذلك على ما نص عليه الحصيري اه وفيها ولو ادعى انه لفلان وكله بالخصومة فيه ثم ادعى انه له يصير متناقضاً ولا تقبل دعواه الا ان يوفق فيقول كان لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم اشتريته منه بعد ذلك واقام على ذلك بينة فحينئذٍ تقبل بينته اه قلت والظاهر ان الارث مثل الشراء فلو قال كان لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم مات وتركه ميراثاً لي وبرهن تسمع دعواه وتقبل بينته وفي جامع الفصولين ادعى انه ملكي ورثته من ابي ثم ادعى ان ابي وقف علي لا يسمع للتناقض وكذا لو ادعى الوقف اولاً ثم ادعى الارث لا يقبل الا اذا وفق فقال وقف ابي لكن لم يلزم عند ابي حنيفة فمات ابي فحينئذٍ يقبل اه

ولكن يصح له ان يدعيه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لان الوكيل

بالدعوى قد يضيف الملك الى نفسه ولكن عند الخصومة لايضيف احد ملكه لغيره

فيه لف ونشر غير مرتب اي انه اذا ادعاه لنفسه ثم ادعاه لغيره بوكالة اووصاية تسمع دعواه اذ لا منافاة بين الدعو بين لان وكيل الخصومة قد يضيف الملك الى نفسه على معنى ان له حق المطالبة اما لو ادعى لغيره بوكالة ثم ادعاه لنفسه لايسمع لان ما هو ملكه لا يضيفه الى غيره عند الخصومة فتمكن المنافاة وكذا لو برهن انه لفلان اخر وكله بالخصومة فيه لا تسمع اذ وكيل الخصومة من جهة زيد مثلاً لا يضيفه الى غيره فيتمكن التناقض بين الدعو بين علَى وجه لا يمكن التوفيق والدين في هذا الحكم كالعين (جامع الفصولين) وفيه ادعاها لنفسه ثم ادعى انها وقف لا تسمع والصحيح انه لو ادعى الوقفية بسبب التولية يسمع لا مكان التوفيق اذ في العادة يضاف اليه باعتبار التصرف والخصومة فلا تناقض كوكيل ادعى لنفسه ثم لغيره يقبل اه وهذا موافق لمافي الدرر والغرر ونصه ادعى داراً لنفسه ثم ادعى انها وقف عليه تسمع كدعواها لنفسه ثم لغيره ولو عكس اي ادعى انها وقف اولاً لفلان ثم ادعاها لنفسه لم تجز في رواية وهي رواية قاضيخان وجاز في رواية اخرى ان وفق وهي رواية الذخيرة حيث قال ومن ادعى لغيره بالوكالة او الوصاية ثم ادعى لنفسه لا تقبل الا ان يوفق فيقول كان لفلان ثم اشتريته منه واقام البينة على ذلك فحينئذٍ تقبل اه وفي التنوير لو ادعى الملك اولاً لنفسه ثم ادعى الوقف عليه يقبل اه قال طحطاوي وكذا في المنح والذي في البحر والحموي عدم التقييد بقوله عليه وعليه فالتوفيق ممكن بان تكون ملكاً لنفسه ثم وقفها اما على التقييد به فلا يظهر توفيق لانه تناقض ظاهر لا توفيق فيه ويمكن جريانه على مذهب الثاني القائل بصحة وقفه على نفسه اه

﴿ المادة ١٦٥١ ﴾ كما ان الحق الواحد لا يستوفى بتمامه من اثنين كل منهما على حدة كذلك لا يجوز ان يدعى بالحق الواحد على اثنين من جهة واحدة

فلو ادعى على زيد مالاً ولم يثبت فادعاه على اخر لم تسمع كذا في الغرر وفي الخيرية

ادعى زيد على عمرو بان بنته فلانة زوجة عمرو المتوفاة كانت دفعت له كذا قروشاً مبلغاً معيناً فانكر واحلف فمنعه الحاكم ثم ادعى عليه ثانياً بان بكراً زوج ابنته السابق عليه كان دفع المبلغ المدعى لابنته وماتت وهو بذمتها هل تسمع هذه الدعوى الثانية اجاب لا تسمع لان الحق الواحد لا يستوفى من اثنين كما لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد صرح به في البزازية وكون المبلغ بذمته يستوفى منه ينافي كونه بذمتها يستوفى من تركتها بعينه فهو متناقض فلا تسمع شرعاً اه وفي الانقروي عن القاعدية اودع شيئاً في دكان رجل وله تلامذة فغاب المتاع فاخذ احدهم وحلفه ثم اتهم تلميذاً اخر هل له ان يخاصمه ويحلفه اذا اقر اولاً ان الاول هو الخائن ام ليس له ذلك اجاب نعم لانه صار مكذباً في حق الاول واصله مسالة القسامة اه ثم قال على هامشه وفي مسالة القسامة ان ادعى الولي القتل على رجل بعينه من اهل المحلة لا يكون ابراء للباقي في ظاهر الرواية عن الامام فعلى قياس هذا كان الظاهر ان تسمع دعواه على تلميذ اخر وجزم به الخجندي في موضع اخر ولم يذكر الخلاف فالظاهر ان من قال يسمع قاله على قياس قول الامين وهو رواية عن الامام اه وحاصل ما ذكره الفقها في مسالة القسامة ان الولي اذا ادعى على رجل بعينه من اهل المحلة التي وجد فيها القتيل لا تسقط القسامة عن باقي اهل المحلة لان الشارع اوجبها ابتداء على اهل المحلة فتعيين الولي واحداً منهم لا ينافي ما شرعه الشارع فتثبت القسامة والدية على اهل المحلة كما في الدية ولكن ان ادعى الولي على واحد من غير اهل المحلة كان ابراء منه لاهل المحلة لانهم لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل فيهم بل بدعوى الولي فاذا ادعى على غيرهم امتنعت دعواه عليهم لفقد شرطها فسقطت القسامة عنهم وكذا اذا ادعى احد الاولياء ذلك وباقيهم حاضر ساكت ولو غائباً لا ما لم يكن المدعي وكيلاً عنه فيها ولو قال احدهم قتله زيد واخر عمرو واخر قال لا اعرفه فلا تكاذب وسقطت كما في السائحاني اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

وفي الانقروي عن البزازية ادعى على زيد انه دفع له مالاً ليدفعه الى غريمه وحلفه ثم ادعاه على خالد وزعم ان دعواه على زيد كانت ظناً لا يقبل لان الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اه وفي البزازية قبيل كتاب الاقرار ادعى على رجل انه كان باع منه عبداً واستحق منه واراد الرجوع عليه ثم ادعى هذا المدعي على غيره وقال كانت الدعوى الاولى غلطاً لا يصح للتناقض الا

ان يوفق ويقول كان الاول باعه مني فانكر فباعه من الثاني فاشتريته منه فحينئذٍ يسمع ولو ادعى على الاب انك بعته مني ثم ادعى عَلَى الابن انك انت البائع ان قال باع ملك الابن حال صغره يقبل لانه اذا باع بالوكالة او الوصاية وادعاه اي المشتري على الموكل او الصغير بعد بلوغه يقبل وان قال باع ملك ابنه البالغ لا يصح كما ذكرنا في الاجنبي اه وفي انقروي عن القنية ادعى عليه اني دفعت الى فلان دراهم وقبضتها منه ثم ادعى انك قبضتها مني لا يصير متناقضاً لان يد المودع يد المودع اه وفيه عن الفصولين ادعى عليه مالاً بقوله لاني دفعت الى وكيلك فلم يقدر على اثباته فقال دفعت اليك لا يقبل قوله بلا توفيق ولو وفق وقال دفعت الى وكيلك لكنك انكرت الوكالة فدفعت اليك يقبل ولو قال دفعت اليك ثم قال دفعت الى وكيلك قبل قوله ولم يكن متناقضاً وان لم يوفق اه وفيه عن القنية ادعى عليه ان مورثك اوصى لي بثلث المال وصدقه كل الورثة ثم ادعى كل المال بحكم الوراثة منه وعجز عن اثبات الوراثة فقال اني كنت عجزت عن اثباتها فاعطوني ثلث المال بحكم الوصية التي صدقتموني فيها يسمع هذا وهذا القدر لا يكون تناقضاً ولكن في (بم) لا يصح بعد دعوى الوراثة اه

﴿المادة ١٦٥٢﴾ كما يتحقق التناقض في دعوى المتكلم الواحد يتحقق ايضاً كلام اثنين هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والمورث. فاذا اقام الوكيل دعوى منافية للدعوى التي سبقت من الموكل فى امر ما لاتصح

وكذا لا تسمع دعوى الوارث في شيء لا تسمع فيه دعوى مورثه لو كان حياً كما اذا اقر مورثه بقبض ما يخصه من التركة وابراء ابراءً عاماً لا تسمع دعوى الوارث بعده واذا عرف هذا في الابراء فكذا في غيره من بقية الموانع (طحطاوي) وكذا لا تسمع دعوى المشتري في شيء لا تسمع فيه دعوى بائعه فلمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١١ تموز سنة ٣١٠ مؤداه ان الاقرار الصادر من البائع قبل البيع يسري على المشتري (ج ٠ م ٠ عد ٩٤٤)

﴿المادة ١٦٥٣﴾ يرتفع التناقض بتصديق الخصم. مثلاً لو

ادعى على اخر الفاً من جهة القرض ثم ادعاه من جهة الكفالة فصدقه المدعى عليه ارتفع التناقض

راجع المادة ٠٢٤ وفي الانقروي عن القنية باع بعشرة وكتب في الصك وشهد على نفسه بقبض الثمن ثم ادعى على المشتري انه اقر انه بقي عليه نصف الثمن واقام بينة تسمع قال استاذنا وان كان ما ذكره شيخ الاسلام يصح وجهاً له لكن الوجه الصحيح انه وان كان متناقضاً الا انه لما ادعى اقرار المشترى بذلك فقد ادعى تصديق الخصم فيه واثبته بالبينة والثابت بالبينة كالثابت عياناً ولو عاين اقرار المشتري ببقاء شئ من الثمن تسمع دعوى البائع ولا يكون التناقض مانعاً اه وقال في رد المحتار اعلم ان التناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم ايضاً وهو معنى قولهم المقر اذا صار مكذباً شرعاً بطل اقراره وذكر في البحر ارتفاعه بثالث حيث قال اذا قال تركت احد الكلامين فانه يقبل منه لما في البزازية عن الذخيرة ادعاه مطلقاً فدفعه بانك كنت ادعيته قبل هذا مقيداً وبرهن عليه فقال المدعي ادعيه الان بذلك السبب وتركت المطلق يقبل اه اي لكون المطلق ازيد من المقيد وهو مانع لصحة الدعوى وكذا لو ادعى المطلق اولاً تسمع كما في البزازية لكونه بدعوى المقيد ثانياً يدعي اقل لكن ما نقله في البحر عن البزازية لا يدل على كون ذلك قاعدة في ابطال التناقض والا لزم ان لا يصير تناقض اصلاً لتمكن المتناقض من قوله تركت الكلام الاول فاذا اقر انه ليس له ثم قال هو لي وتركت الاول تسمع ولا قائل به اصلاً والظاهر ان ما نقله عن البزازية وجهه كونه توفيقاً بين الكلامين بان مراد المدعي الاول الذي ادعاه اولاً بدليل ما في البزازية ايضاً ادعى عليه ملكاً مطلقاً ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بالسبب يقبل بخلاف العكس الا ان يقول العاكس اردت بالمطلق الثاني المقيد الاول لكون المطلق ازيد من المقيد وعليه الفتوى فافهم اه ٠ ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٢٠ شباط سنة ٣٠٧ مؤداه اذا ادعى عين ماء ملكاً له بالاستقلال فاجاب المدعى عليه ان هذه العين مشتركة بينه وبين اهالي القرية الفلانية ثم ادعاها ملكاً له بالاستقلال فهذا التناقض لا يمنع دعواه بالكلية بل يمنع دعواه الملك بالاستقلال ولا يمنع دعواه بان العين مشتركة بينه وبين من ذكر (ج ٠ م ٠ عد ٧٨١)

﴿المادة ١٦٥٤﴾ يرتفع التناقض ايضاً بتكذيب الحاكم ٠ مثلاً

ادعى واحد المال الذي هو في يد غيره بقوله انه مالي فانكر ذلك المدعى عليه وقال ان هذا المال كان لفلان وانا اشتريته منه واقام المدعي البينة على دعواه وحكم له بذلك يرجع المحكوم عليه بثمن ذلك المال على بائعه لان التناقض الذي وقع بين اقراره اولاً بان المال للبائع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد ذلك قد ارتفع بتكذيب اقراره بحكم الحاكم

ويتفرع على هذا الاصل مسائل كثيرة منها لو استحق المبيع من يد المشتري فاراد الرجوع على بائعه فادعى البائع انه انتج في ملكه وعجز عن اثباته واخذ منه الثمن فله الرجوع عَلَى بائعه ولا يمنعه من ذلك دعواه النتاج لانه لما حكم عليه التحقت دعواه النتاج بالعدم (جامع الفصولين) ومنها لو زعم البائع بان ليس للمشتري الرجوع عليه لانه ليس هو الذي باعه منه فاثبت المشتري البيع وحكم بالرجوع على البائع فان له ان يرجع على بائعه لانه لما حكم عليه ببينة التحق زعمه بالعدم. ومنها لو ادعى انه كفل له عن مديونه بالف فانكر المدعى عليه الكفالة فبرهن الدائن عليها وحكم بها الحاكم واخذ المكفول له المال من المدعى عليه ثم ان الكفيل ادعى على المدبون انه كفل عنه بامره وبرهن عَلَى ذلك يقبل ويرجع عَلَى المديون بما كفل لانه صار مكذباً شرعاً بالقضا اه عن رد المحتار. ومنها ادعى عليه شراء عبد فانكر فبرهن عليه فادعى غليه انه رده عليه بالعيب يسمع لانه صار مكذباً في انكار البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم (انقروي عن البزازية) ومنها امر انساناً بقضاء دينه شارطاً الرجوع عليه فزعم المامور انه قضاه وصدقه الآمر ودفع اليه مثل الدين الذي قضاه ثم جاء رب الدين بعد ذلك وادعى على الآمر المدبون بدينه وان المامور لم يعطه شيئاً وحلف على ذلك فقضي له على الامر باداء الدين فاداه ثم ادعى الآمر على المامور بما كان دفعه له بحكم تصديقه تسمع دعواه ويرجع بما كان دفعه ولا يمنعه تصديقه السابق لانه اضحى مكذباً بقضا القاضي حيث قضى عليه باداء الدين الى الدائن ومنها ادعى عليه شراء عبده فانكر فبرهن عليه فادعى عليه انه رده عليه بالعيب تسمع لانه صار مكذباً في انكار البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم (تكملة ملخصاً) ومنها ادعى ديناً لمورثه في ذمة رجل فاجاب المدعي

عليه اني ادعيته لوصيك هذا فانكر المدعي واوصي و برهن المدعى عليه على قضاء الدين حتى حكم به كان للمدعي ان يرجع على الوصي بما قبض ولا يضره اقراره السابق بانه لم يقبض شيئاً (حموي)

﴿ المادة ١٦٥٥ ﴾ يعفى التناقض اذا ظهرت معذرة المدعي بان كان في محل خفاء . مثلاً اذا ادعى المستاجر على المؤجر بعد استئجاره الدار بانها ملكه وان اباه كان قد اشتراها له في صغره ولم يكن له علم بذلك عند الاستئجار وابرز له سنداً يحوي ذلك تصير دعواه مسموعة ولا يكون هذا التناقض مانعاً لصحة دعواه لما فيه من الخفاء لان الاب يستقل بالشرا للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لاعلم له بذلك (درر)

كذلك لو استاجر واحد داراً ثم علم بان تلك الدار انتقلت اليه بالارث من ابيه وادعى بذلك على المؤجر تسمع دعواه

ومثل الاستئجار الشرا . قال في الخيرية عن البحر قدم بلدة فاشترى او استاجر داراً ثم ادعاها بانها دار ابيه مات وتركها ميراثاً وكان لم يعرفه وقت الاستيام لاتقبل والقبول اصح اه اي لان التناقض في موضع الخفا عفو ولهذا قال في الاشباه يعذر الوارث والوصي والمتولي للجهل اه ولهذا الاصل فروع كثيرة منها ادعى الوصية فانكرها الوارث فاقام الموصى له البينة فادعى الوارث الرجوع عن الوصية تقبل هو الصحيح لان هذه التناقض في طريقه خفاء اذ لعل الموصي قد اوصى ولم يعلم به الوارث ورجع الموصي ولم يعلم به الوارث فجحد بناء في ذلك (درر) . ومنها المديون بعد قضاء الدين لو برهن على ابراء الدائن له يقبل لاستقلال الدائن بالابراء فيخفى على المديون و كذلك الورثة اذا قاسموا مع الموصى له بالمال ثم ادعوا رجوع الموصي يصح لانفراد الموصي بالرجوع (تكملة عن نور العين) ومنها اقتسما التركة ثم ادعى احدهما ان اباه كان جعل له منها الشي الفلاني ان قال كان في صغري يقبل وان مطلقاً لا (بحر) ومنها قال انا لست وارث فلان ثم ادعى ارثه و بين الجهة صح اذ التناقض في النسب لا يمنع صحة دعواه . ومنها قال ليس هذا الولد مني ثم قال هو مني يصح وبالعكس لا لكون النسب لا ينتفي بنفيه وهذا اذا صدقه الابن والا فلا يثبت

النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئي لكن اذا لم يصدقه الابن ثم صدقه تثبت البنوة لان اقرار الاب لم يبطل بعدم التصديق (جامع الفصولين) ومنها ادعى عليه انه استهلك عيناً له وعليه قيمته ثم ادعى ان العين قائم في يده وعليه احضاره يقبل وكذا على القلب لانه مكان خفا فيعفى فيه التناقض (انقروي عن البزازية) ومنها دفع الوصي الى اليتيم ماله بعد البلوغ فاشهد الابن على نفسه انه قبض منه جميع ما كان في يده من تركة ابيه ولم يبق له منها عنده من قليل ولا كثير الا وقد استوفاه ثم ادعى بعد ذلك في يد الوصي شيئاً وقال هو من تركة والدي واقام البينة قبلت بينته (خانية) ومنها اذا صدق الورثة الزوجه في الزوجية ودفعوا لها حصتها من الميراث ثم ادعوا استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه تسمع دعواهم لقيام العذر لهم في ذلك حيث استصحبوا الحال في الزوجية وخفيت عليهم البينونة (طحطاوي عن حواشي الاشباه) ومنها قاسم كرماً ثم اطلع على ان الجميع لوالده غرسه بيده ثم مات وتركه له ميراثاً ولم يعلم بذلك وقت القسمة تسمع دعواه (تكملة عن العيون) وفي الحامدية مات زيد عن ورثة بالغين وترك حصة من دار وصدق الورثة ان بقية الدار لفلان ثم ظهر وتبين ان مورثهم اشترى بقية الدار من ورثة فلان في حال صغر المصدقين وانه خفي عليهم ذلك فلا يكون هذا التناقض مانعاً لصحة دعواهم لان التناقض فيما طريقه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى اه

المادة ١٦٥٦ الابتدار الى تقسيم التركة اقرار بكون المقسوم مشتركاً ومن ثم لو ادعى بعد القسمة بان المقسوم ملكه كان متناقضاً

الظاهر ان نص هذه الفقرة لا يناقض ما قدمناه في اخر شرح المادة السابقة عن التكملة من انه اذا قاسم كرماً ثم اطلع على ان الجميع لوالده الخ حيث تسمع دعواه هناك مع مباشرته القسمة لان الكلام ثمة فيما اذا كان التناقض في محل خفاء وهنا فيما لا خفاء فيه كما يظهر من الفقرة الاخيرة من هذه المادة فتنبه

تنبيه : اذا كانت القسمة جبراً على المدعي تسمع دعواه ولا يكون ذلك تناقضاً (رد محتار عن الرملي)

مثلا لو ادعى احد الورثة بعد تقسيم التركة بانني كنت اشتريت

احد هذه الاعيان المقسومة من الميت او كان الميت قد وهبه وسلمه لي في حال صحته لا تسمع دعواه

وذلك لان حقه متعلق بعين التركة صورة ومعنى فانتظم بالقسمة انقطاع حقه عن التركة صورة ومعنى لان القسمة تستدعي عدم اختصاصه به (علي افندي عن البزازية) وفي جامع الفصولين قسم تركة عن الميت بين ورثته او قبل تولية وقف او وصاية في تركة بعد العلم والتعيين بان هذا تركة او وقف ثم ادعاه لنفسه لا يسمع اه وفي الخيرية ورثة اقتسموا غلة كرم ثم ادعى احدهم الكرم ان والده ملكه له في حال صحته وسلمه له تسمع دعواه وتقبل بينته ولا يمنع من ذلك اقتسام الغلة لجواز ان تكون الغلة مشتركة بينهم والكرم لاحدهم وقد صرح بذلك في البزازية والخلاصة والتتارخانية ومجمع الفتاوي

تنبيه : اذا ادعى احد المتقاسمين ديناً في التركة صحت دعواه لانه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى وهو مالية التركة ولذا كان للورثة ان يقضوا دين الغريم ويستقلوا بها واذا اثبت الوارث دينه تنقض القسمة ما لم يقضوه دينه او يبرأ ذمت الميت منه ولو كان باع احدهم حصته بطل البيع كالقسمة كذا في الدر المختار ورد المحتار

ولكن لو قال ان الميت كان قد وهبه لي في صغري ولم اكن عالماً بذلك حين القسمة يكون معذور وتسمع دعواه

لانه وان كان متناقضاً الا ان هذا التناقض محله الخفاء فيعذر راجع المادة السابقة وشرحها . والظاهر ان مثل دعواه الهبة دعواه ان اباه باعه منه او شراه له حال صغره وذلك لجامع الخفاء

﴿المادة ١٦٥٧﴾ لو امكن توفيق الكلام الذى يرى متناقضاً ووفقه المدعي ايضاً يرتفع التناقض

مفاد قولهم ووفقه المدعي ايضاً انه لا يكتفي بامكان التوفيق بل لا بد من التوفيق بالفعل وهذا القول مختار من اربعة اقوال الاول لا بد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الامكان . الثانية كفاية الامكان مطلقاً اي من المدعي او المدعى عليه تعدد وجه التوفيق او اتحد . الثالث انه يكفي من المدعى عليه لا من المدعي لانه

مستحق وذاك دافع والظاهر يكفي المدفع لا للاستحقاق ٠ الرابع كفاية الامكان ان اتحد وجه التوفيق لا ان تعددت وجوهه وهذا الخلاف يجري في كل موضع حصل فيه التناقض من المدعي او منه ومن شهوده او من المدعى عليه ثم اعلم ان القول الثاني وهو كفاية الامكان مطلقاً قياس والقول الاول وهو ان التوفيق بالفعل شرط استحسان قال الرملي وجواب الاستحسان هو الاصح كما في منية المفتي والظاهر ان جمعية المجلة اختارت جواب الاستحسان فكان هو المعتمد

مثلاً لو اقر واحد انه كان مستأجراً داراً ثم ادعى انها ملكه لا تسمع دعواه

وكذا اذا زرع على الارض او ساقى على الغراس او آجر نفسه ليعمل في الكرم ثم ادعى شيئاً من ذلك انه ملكه لا تسمع دعواه (حامدية عن الحانوتي) راجع المادة ١٥٨٣ وشرحها

ولكن لو وفق بقوله كنت مستأجراً ثم اشتريتها من صاحبها فتسمع دعواه

ان لفظة ثم الواردة في هذه الفقرة تشعر بانه يجب ان يكون شراؤه بعد استئجاره وهو المراد لحصول التوفيق اذ لو ادعى انه اشترى قبل الاستئجار كان باقياً على تناقضه فلا تسمع دعواه ويؤيده ما في الخانية رجل اقر عند القاضي ان هذا العبد او هذه الدار لفلان غير ذي اليد ثم اقام البينة انه له اشتراه من الذي في يديه قبل اقراره لا تقبل بينته اه وفي الهندية لو قال هذا لفلان لا حق لي فيه او قال كان لفلان لا حق لي فيه ثم اقام البينة بعد حين على الشرا منه لا تقبل حتى لو وقت الشهود بعده قبلت اه وفيها اذا كانت الدار في يدي رجل جاء رجل وادعى انها داره ورثها من ابيه منذ سنة واقام البينة انه اشتراها من الذي في يديه منذ سنتين والمدعي يدعي ذلك فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة ولا يقضي بالدار للمدعي فان وفق المدعي فقال كنت اشتريتها منذ سنتين من ذي اليد كما شهد الشهود ثم بعتها من ابي ثم ورثتها من ابي من سنة فشهد الشهود بذلك قبلت شهادتهم وقضي بالدار له ٠ وكذلك اذ ادعى هبة او صدقة مكان الشرا كان الجواب فيه كالجواب فيما اذا ادعى الشرا اه وفي جامع الفصولين ادعى اداء دينه بسمرقند ثم برهن على ادائه ببخارى كان تناقضاً الا اذا وفق اه

وكذلك لو ادعى على اخر الفاً من جهة القرض وانكر المدعى عليه ذلك بقوله ما اخذت منك شيئاً او لم يجرِ بيننا معاملة او لا اعرفك ولما اقام المدعي بينة على دعواه عاد المدعى عليه يقول كنت اوفيتك المبلغ المذكور او كنت ابرأتني منه فلا تسمع دعواه لكونها مناقضة لانكاره

ومثل ذلك لو قال ما رأيتك او ما جرى بيني وبينك مخالطة او خلطة ولا اخذ ولا اعطاء او ما اجتمعت معك في مكان ثم ادعى الايفاء او الابراء لا تسمع لتعذر التوفيق بين كلاميه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة (طحطاوي)٠ وفي التكملة عن الحواشي الخيرية ادعى ان مورثه اشترى مني ثوراً قبضت منه كذا وبقي كذا فاجاب ان مورثي لم يشترِ منك ثوراً قط ولا كان يعرفك فبرهن عَلَى دعواه فبرهن الاخر على دفع جميع الثمن فانه يقبل بلا شك لانه لا يصح جوابه الا عَلَى نفي العلم اه

ولكن لو قال بعد ادعاء المدعي ليس لك عليَّ دين قط وبعد ان اثبت المدعي دعواه عاد فقال نعم كنت مديوناً ولكن اوفيتك الدين او ابرأتني منه واثبت دعواه هذه اندفعت دعوى المدعي

ومثل ذلك لو قال ما كان لك عليَّ شيء قط (تنوير) وفي الدرر ادعى داراً في يد رجل انه وهبها له وسلمها اليه في وقت كذا فسأله القاضي البينة فقال انه جحدني الهبة فاشتريتها منه وادعى وقتاً بعد وقت الهبة وبرهن عليه يقبل ولو ادعى وقتاً قبل وقت الهبة وبرهن عليه لا يقبل والفرق ان التوفيق في الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منذ اسبوع وفي الوجه الثاني لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض اه وفي الانقروي عن التتارخانيه رجل ادعى ثمن مبيع فانكر المدعى عليه فلما قامت البينة قال اوفيت الثمن يسمع٠ وكذا امرأة ادعت المهر على رجل بسبب النكاح فانكر ثم قال وفيت٠ وفيه عن البزازية ادعى انه باع منه هذه الجارية وبها عيب ورام الرد عليه فانكر البيع

فلما برهن عليه زعم انه ابرأه من كل عيب لا يسمع للتناقض وهذا قول الامام وا ا
عند ابي يوسف فالعين والدين سيان و يسمع اه . وفي الخانية ولو ان رجلاً اشترى عبداً
ثم ادعى به عيباً فاستحلف البائع فنكل وقضى القاضي عليه بالنكول ثم ان البائع
اقام البينة انه تبرأ اليه من هذا العيب تقبل بينته واذا ادعى البراءة بعد انكار الدين
او ادعى العفو عن صاحب القصاص بعد انكار القصاص تسمع اه

وكذلك لو ادعى عَلَى آخر وديعة فانكر المدعي عليه بقوله ما اودعتني
شيئاً ولما اقام المدعي البينة قال المدعى عليه كنت رددتها اليك وسلمتها
لك فلا يسمع دفعه هذا و ياخذ المدعي الوديعة عيناً ان كانت موجودة
عنده ويضمنه قيمتها ان كانت مستهلكة اما لو كان المدعى عليه بعد دعوى
المدعي على الوجه المشروح قد انكر دعواه بقوله ليس لك عندي وديعة
وبعد ان اقام المدعي البينة عاد فقال نعم كانت لك عندي تلك الوديعة
ولكن رددتها وسلمتك اياها فتسمع دعواه

ولكن لا يصدق بيمينه كما لو اقر بل لا بد له من بينة على رد الوديعة قال في
تنقيح الحامدية ادعى عليه شركة او قرضاً او وديعة او عارية او قبض مال بطريق
الوكالة فانكر ثم اعترف وادعى الرد اجاب قارئ الهداية اذا جحد في هذه الصور ثم
ادعى الرد لا يقبل الا ببينة لانه بالجحود خرج عن ان يكون اميناً اه وفيه عن البزازية
قال ليس لك عندي وديعة تسمع دعوى الرد والهلاك لوضوح التوفيق لانه يمكن ان
يقول ليس لك عندي وديعة لانى رددتها او هلكت فعلى هذا في مسألة الدين ينبغي
ان يفصل الجواب ويقال ان قال ليس لك عليّ شيء تسمع دعوى الايفاء ولو قال ما
استدنت منك لا لعدم امكان التوفيق . وفي الانقروي عن المحيط ادعى على اخر ان
له في يده كذا وكذا من مال الشركة فانكر المدعى عليه الشركة ثم ادعى دفع
ذلك المال الى المدعي فان كان انكر الشركة اصلاً بان قال لم يكن بيننا شركة
اصلاً او قال ما دفعت الي شيئاً من المال اصلاً لا يسمع منه دعوى دفع المال لمكان
التناقض ، وان انكر الشركة والمال في الحال بان قال لا شركة بيننا وليس لك في

يدي مال شركة يسمع منه دفع المال ولا تناقض اه وفيه عن الفصولين ادعى شراء فقال ذو اليدلم ابع او قال لا بيع بيننا او لم يجر بيننا بيع فلما برهن المدعي على الشراء برهن ذو اليد ان المدعي رد عليه المبيع تقبل بينته وينقض البيع اه . قلت فلينظر وجه التوفيق ولعله يظهر من المسالة الاتية التي نقلها عن البرازية وهي ادعى عليه البيع فانكر فبرهن على البيع فادعى المدعى عليه فسخه يسمع ولا يكون مناقضاً لان جحود ما عدا النكاح فسخ اه . ادعى عليه اربعمائة فانكر فبرهن المدعي ثم اقر ان عليه للمدعى عليه المنكر ثلاثمائة سقط عن المنكر ثلاثمائة وقيل لا وعليه الفتوى لانه لما كان المدعى عليه جاحداً فذمته غير مشغولة في زعمه فاين تقع المقاصة (در مختار) .

فائدة : اذا تناقض المدعي في دعواه فلا يجوز ان يحكم عليه بمنعه منها ما لم يستوضح منه عن وجه التوفيق بين كلاميه و بذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٨ اغستوس ١٣١١ (ج : م عدد ٩١٥)

❋ المادة ١٦٥٨ ❋ اذا اقر واحد بصدور العقد منه باتاً صحيحاً وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك العقد عقد وفاء او فاسداً فلا تسمع دعواه راجع مادة ١٠٠ . مثلاً لو باع داره من آخر بثمن معلوم وسلمها ثم ذهب الى الحاكم واقر امامه بقوله اني بعت من فلان داري المحدودة بهذه الحدود بثمن كذا بيعاً باتاً صحيحاً وربط اقراره هذا بوثيقة ثم عاد بعد ذلك فادعى ان بيعي المذكور كان عقد بطريق الوفاء او بشرط فاسد هو كذا فلا تسمع دعواه

بمعنى انه لا يجوز اثباتها بالبينة ولكن لو اقر بها المشتري صح اقراره ولزمه لان التناقض يرتفع بتصديق الخصم كما مر في المادة ١٦٥٣ . وكذا لو اثبت البائع دعواه بسند ممضي او مختوم من المشتري فانها تسمع يؤيده قرار صادر من محكمة التمييز بتاريخ ٢٤ مايس ٣١٢ حاصله اذا كان الصك المسجل يتضمن اقرار البائع بان العقار بيع بيعاً باتاً وابرز البائع سنداً من امضاء المشتري يتضمن اقراره بان البيع عقد بطريق الوفاء وانه اذا رد له البائع الثمن عند حلول الاجل فيرد له المبيع والا

فيكون البيع باتاً فحكم هذا البيع في كل الاحوال حكم البيع بالوفاء حتى لو تأخر البائع عن رد الثمن في الاجل المعين فذلك لا يمنعه من فسخ البيع ولا يجعل العقد باتاً (ج٠م عد ٩٦٠)

كذلك لو صالح عن دعواه مع آخر واقر في حضور الحاكم ثم بان ذلك الصلح قد عقد صحيحاً وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك الصلح كان بشرط مفسد هو كذا فلا تسمع دعواه

وكذا لو باع دابته وسلمها للمشتري ثم ادعاها انسان فشهد له البائع وقال بعت ما لا املك وهي لهذا المدعي فلا تقبل شهادته (خيرية) وفي الانقروي عن البرازية عبد معروف لرجل في يد اخر باعه رجل فقال البائع بعت بلا امر المالك وبرهن على اقرار المشتري بانه باعه بغير امر المالك لا تقبل للتناقض ولا يملك تحليفه اه وفيه عن العمدة الاب اذا باع عقار ابنه الصغير بغبن فاحش لا يجوز وله ان يخاصم الا اذا اقر وقال بثمن المثل وكتب ذلك في الصك اه وفي جامع الفصولين كفل بثمن او مهر ثم الكفيل برهن على فساد البيع او النكاح لا تقبل لان اقدامه على التزام المال اقرار منه بصحة سبب وجوب المال فلا تسمع منه بعده دعوى الفساد ولو برهن على ايفاء الاصيل او على ابرائه يقبل لانه تقرير للوجوب السابق ولو كفل عنه بالف لرجل ثم برهن الكفيل ان الالف المدعاة قمار او نحوه مما لا يجب لا يقبل قوله ولو برهن على اقرار المكفول له بذلك وهو يجحد لا يقبل وليس له ان يحلف الطالب ولو اقر الطالب به عند القاضي برئ الاصيل والكفيل جميعاً ولا يقال انه لما برئ باقراره ينبغي ان تقبل بينة اقراره لان البينة تسمع عند صحة الدعوى وقد بطل هنا لانه متناقض لان كفالته اقرار بصحتها اه

﴿ المادة ١٦٥٩ ﴾ اذا باع واحد من رجل مالاً على انه ملكه وسلمه في حضور آخر ثم ادعى الحاضر بانه ملكه او ادعى فيه حصة مع انه كان مشاهداً وسكت بلا عذر ينظر ان كان الحاضر من اقارب البائع او كان زوجه لا تسمع دعواه هذه مطلقاً

لا في المبيع كله او بعضه شائعاً او معيناً ولا في ثمنه (رد محتار) بل يجعل سكوته كالافصاح بان المبيع ملك البائع قطعاً للتزوير والحيل (در مختار) راجع المادة ٦٧ وشرحها. ثم اعلم ان ذلك مقيد باربعة قيود الاول ان يبيع او يهب او يتصدق اذ لو آجر او رهن او اعار ثم ادعى الحاضر تسمع دعواه اذليس من لوازم ذلك الخروج عن ملكه بخلاف البيع ونحوه وقد يرضى الانسان بالانتفاع بملكه ولا يرضى بالخروج عن ملكه ولانه في البيع ونحوه على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ومثل البيع الوقف كما افتى الشهاب الشلبي ووافقه على ذلك ثلاثة عشر عالماً من اعيان الحنفية في عصره (رد محتار) الثاني ان يكون القريب مطلعاً عَلَى البيع وهذا المراد من الحضور(رد محتار) فلا يشترط حضوره مجلس البيع حتى لو لم يعلم بالبيع والتسليم الا بعد يوم او يومين فسكت بلا عذر لا تسمع دعواه الثالث ان يبيع البائع المبيع على انه لنفسه اذ لو باعه على انه لقريبه الحاضر وظل هذا القريب ساكتاً لا يكون سكوته مانعاً لدعواه ولا يعد رضى بالبيع (البزازية). الرابع ان لا يكون القريب الذي اطلع عَلَى البيع معذوراً اذ لو كان معذوراً تسمع دعواه فقد قالوا يعذر الوارث والوصي والمتولي بالتناقض للجهل في موضع الخفاء (رد محتار) راجع المادة ١٦٥٥ ثم لم يعلم من هم الاقارب المشار اليهم في هذه المادة ولا درجة قرابتهم قال حيدر افندي لم أر من اوضح ذلك ولكن في رسالة غاية المطلب لابن عابدين انه لايدخل في القرابة عند الامام الاعظم الا ذو رحم محرم فهل يجوز الاستدلال في هذه المسألة بما ورد في تلك الرسالة مع كونها موضوعة في الوقف

وان كان من الاجانب فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً لدعواه

ولو كان ذلك الاجنبي جاراً كما حققه الخير الرملي في فتاواه وصرح به في التنوير

بل ينبغي فوق حضوره مجلس البيع ان يشاهد تصرف المشتري في ذلك الملك مدة ما تصرف الملاك بناءً او هدماً او غرساً و يسكت بلا عذر فبعد ذلك لو ادعى انه ملكه او ادعى فيه حصة لا تسمع دعواه

وبهذا يظهر الفرق بين القريب والاجنبي ولو كان ذلك الاجنبي جاراً كما قدمنا قال الرملي الذي ظهر لي في الفرق ان الاطماع الفاسدة في القريب اغلب فمظنه التلبيس

فيه ارجح ولذلك غلب في الاقرباء خصوصاً في دعوى الارث لسهولة اثباته بخلاف الاجنبي فان طمعه في مال من هو اجنبي عنه نادر فلا بدمن مرجح يرجح جهة التزوير وهي ان يتصرف فيه المشتري زماناً اه كذا في رد المحتار وقد ظهر من كلام الرملي والتنوير ومن مآل هذه المادة ايضاً ان عدم سماع دعوى الاجنبي مع اطلاعه على التصرف غير مقيد بمدة وهو الصحيح

اما العذر فان يدعي مثلاً ان ابي باعه في حضوري وانا قاصر او ان ابي كان قد اشتراه لي حال صغري ولم اعلم به الا بعد البيع وتصرف المشتري راجع المادة ١٦٥٦ فقرتها الاخيرة

تتمة : باع شيئاً وكفله رجل بالدرك ثم ادعى الكفيل بعد ذلك ان المبيع ملكه لا تسمع دعواه لان كفالته بالدرك تصديق منه بان المبيع ملك للبائع لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له وان لم تكن مشروطة فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الاقرار بالملك فكانه قال اشترها فانها ملك البائع فان استحقت فانا ضامن ثمنها وكما لا تسمع دعوى الكفيل بالملكية لا تسمع دعواه بالشفعة وبالاجارة ايضا ولو وضع رجل شهادته في صك كتب فيه ان فلاناً باع ملكه او باع بيعاً نافذاً باتاً ثم ادعى ذلك الرجل بان المبيع ملكه لا تسمع دعواه كما لو شهد بالبيع عند الحاكم قضي بشهادته او لا لان الشهادة على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات ولكن لو ان ذلك الرجل كتب شهادته في صك بيع مطلق عما ذكر اي قيد الملكية او كونه نافذاً باتاً فتسمع دعواه الملك بعد ذلك اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك للبائع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب شهادته ليحفظ الواقعة بخلاف ما تقدم ومثل ذلك لو كتب شهادته على اقرار العاقدين ثم ادعى الملك تسمع دعواه ايضاً لانه مجرد اخبار فلا تناقض اذ لو اخبر ان فلاناً باع شيئاً كان له ان يدعيه وقولهم هنا ان الشهادة لا تكون اقراراً بالملك يدل بالاولى على ان السكوت زماناً لا يمنع الدعوى اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

الباب الثاني

في مرور الزمان

ان مرور الزمان في اصطلاح الفقهاء عبارة عن منع سماع الدعوى بعد ان تركت مدة معلومة وهذ المنع غير قياسي لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان بل هو استحسان ووجهه منع التزوير والتحيل لان ترك الدعوى زمانا مع التمكن من قيامها يدل عَلَى عدم الحق ظاهراً حتى اذا انتفت هذه العلة وجب سماع الدعوى مهما طالت المدة كما سترى . قال في تنقيح الحامدية ثم اعلم ان عدم سماع الدعوى بعد مضي ثلاثين سنة او بعد الاطلاع على التصرف ليس مبنياً على بطلان الحق في ذلك وانما هو مجرد منع للقضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو اقر به الخصم يلزمه ولو كان ذلك حكماً ببطلانه لم يلزمه ويدل على ما قلنا تعليلهم للنع بقطع التزوير والحيل فلا يرد ما في قضاء الاشباه من ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان اه

ثم اعلم ان الفقهاء قد اختلفوا في تعيين المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى فجعلها بعضهم ستاً وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثاً وثلاثين و بعضهم ثلاثين فقط الا انه لما كانت هذه المدات طويلة استحسن احد السلاطين العظام ان يجعلها خمس عشرة سنة فقط وحيث كان القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة ويقبل التقييد والتعليق كما سنحققه في شرح المادة ١٨٠١ فقد نهى قضاته عن سماع دعوى تركها المدعي خمس عشرة سنة بلا عذر لكنه استثنى من هذا المنع بعض مسائل تأتي في هذا الباب وعلى هذا النهي استقر خلفاؤه العظام حتى الان لما فيه من المصلحة العامة وعليه جرت جمعية المجلة ومما تقدم يظهر ان مرور الزمان مبني عَلَى امرين الاول حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء والثاني امر سلطاني يجب على القضاة اتباعه لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة بدون عذر والقاضي وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله فاذا خصص له تخصص واذا عمم تعمم كما نص عليه في الخيرية وغيرها وقد فرقوا بين هذين الامرين بانه اذا مضى على الدعوى خمس عشرة سنة فقط فامر السلطان بسماعها بعد هذه المدة تسمع ولو تركت بدون عذر واما اذا مضى عَلَى الدعوى ثلاثون سنة بلا عذر فلا تسمع وان امر السلطان بسماعها (ردمحتار) والفرق بينهما ظاهر وهو ان منع سماع الدعوى بعد خمس عشرة

سنة مبني على النهي السلطاني فمن نهى عن سماع الدعوى له ان يامر بسماعها واما عدم سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة فهو مبني عَلَى منع الفقهاء كما تقدم فليس للسلطان ان ينقضه لان امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا كما نص عليه في الاشباه من القاعدة الخامسة

﴿ المادة ١٦٦٠ ﴾ لا تسمع دعوى الدين والوديعة والعقار المملوك والميراث وما لا يعود من الدعاوى الى العامة ولا الى اصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة او التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد ان تركت خمس عشرة سنة

بلا عذر كما سيأتي في المادة ١٦٦٣ والحاصل ان الدعوى اية دعوى كانت اذا تركت خمس عشرة سنة بلا عذر لا تسمع الا اذا كانت عائدة الى اصل الوقف كما سيأتي فلو سمعها القاضي وحكم بها لا ينفذ حكمه لانه معزول عن سماعها ولاجل زيادة الايضاح رأينا ان نورد على ذلك بعض امثلة الاول اذا ادعى رجل عقاراً في يد آخر ارثاً عن ابيه المتوفى منذ خمس عشرة سنة لا تسمع دعواه اذا اقر ان العقار في يد المدعى عليه منذ وفاة ابيه وكذا لو ثبت ذلك بالبينة اما لو كان المدعي يقول ان اباه مات من عشر سنين والمدعى عليه يقول من خمس عشرة سنة او من عشرين واراد ان يقيم البينة على ذلك فلا تسمع بينته بل يصدق المدعي بقوله كما افتى به الخير الرملي حيث قال ان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته ولا تقبل البينة عَلَى تاريخ الموت اذ المقرر ان يوم الموت لا يدخل تحت القضا بخلاف يوم القتل كما نص عليه في العمادية اه ثم اعلم ان قولهم يوم الموت لا يدخل تحت القضا المراد به انه لا يقضى به قصداً بان تنازع الخصمان في يوم موت واحد انه كان في يوم كذا بخلاف ما اذا كان المقصود غيره كتقديم ملك احدهما ولذا قال في البزازية فان ادعيا الميراث وكل منهما يقول هذا لي ورثته من ابي ان كانت العين في يد الثالث ولم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً يقضى بينهما وان كان احدهما اسبق يقضى له وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضا لان النزاع وقع في تقديم الملك قصداً ولو ادعى على آخر ضيعة بانها كانت لفلان وورثتها منه اخته فلانة فماتت وانا وارثها وبرهن تسمع وان برهن

المطلوب ان فلانة ماتت قبل فلان يعني مورثها صح الدفع وفيه نظر لما تقرر ان زمان الموت لا يدخل تحت القضا قبل النزاع لم يقع في الموت المجرد فصار كالورثة تنازعوا في تقديم موت المورث من المورث الاخر قبله و بعده كابن الابن مع الابن اذا تنازعا في تقديم موت ابيه قبل الجد او بعده اه ومما فرعوا عَلَى هذه القاعدة انه لو برهن عَلَى موت ابيه يوم كذا ثم برهنت المرأة ان الميت تزوجها بعد ذلك قضي بالنكاح ولو برهن على قتله فيه فبرهنت ان المقتول تزوجها بعده لا تقبل (در مختار) والفرق ان القتل يتعلق به حق لازم والموت ليس فيه حق لازم وبيانه ان القتل ظلماً لم يخلُ عن قصاص او دية وفي قبول بينة المرأة على النكاح في زمان متأخر اسقاط اصل القتل لامتناع ان يكون مقتولاً في زمان ثم يبقى حياً فيتزوج فكان ثبوت القتل يتضمن حقاً لازماً فلما تضمنت بينة المرأة اسقاط هذا الحق لم يعتد بها ولا كذلك بينة الابن على الموت لان بينة المرأة لا تتضمن اسقاط حق الابن اذ ان الابن يرث مع المرأة كما يرث اذا انفرد فلم تتعارض البينتان في الارث بين اسقاطه واثباته فلم يمتنع قبول بينة المرأة ولكن ذكر الرملي في حاشية البحر بانه اذا كان الموت مستفيضاً علم به كل كبير وصغير وعالم وجاهل لا يقضى للخصم ولا يكون بطريق ان القاضي قبل البينة عَلَى ذلك الموت بطريق التيقن بكذب المدعي ثم قال لو اشتهر موت رجل عند الناس منذ عشرين سنة فادعى رجل انه اشترى منه داره منذ سنة لا يقبل ثم رأيت ما يشهد به صريحاً في التتارخانية لو ادعى المشهود ان الشهود محدودون في قذف من قاضي بلد كذا فاقام الشهود ان القاضي مات في سنة كذا لا يقضى به الا اذا كان موت القاضي قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضاً (رد محتار)

الثاني لو ترك واحد عقاراً خمس عشرة سنة ثم ادعى انه كان متصرفاً فيه بالاجارتين او ان هذا العقار وقفه فلان وشرط له الغلة او التولية عليه لا تسمع دعواه لانها ليست بعائدة الى اصل الوقف

الثالث ادعى على متولي الوقف انه متصرف في ارض كذا من وقفه بوجه المقاطعة ببدل كذا وكان قد مضى على دعواه هذه خمس عشرة سنة لا تسمع اما المقاطعة فان تكون الارض وقفاً وعليها بناء او شجر مملوك يؤدي صاحبه لجهة الوقف في كل سنة قدراً معيناً بدل اجرة ارضه ثم اعلم ان الخمس عشرة سنة المذكورة في هذه المادة تحسب عَلَى الحساب القمري كما يعلم من منشور عام صادر عن نظارة العدلية

الجليلة بتاريخ ١٥ ذي الحجة سنة ٢٩٧ وهذه ترجمته

استعلم بعضهم عن الخمس عشرة سنة الوارد ذكرها في مجلة الاحكام العدلية بخصوص مرور الزمان هل تعتبر بموجب الحساب القمري او الشمسي فتباحثت في ذلك جمعية المجلة وقررت انه اذا كانت المسالة متعلقة بدعوى ذكر فيها الشهر او السنة على الاطلاق دون تقييد بقيد كالقمري او الرومي فيصرف الى القمري وفقاً للعرف الشرعي وان مدة الخمس عشرة سنة المعينة في المجلة لمرور الزمان هي ماخوذة عن الكتب الفقهية وهذه المدة قد وردت في الكتب المذكورة عَلَى الاطلاق ولذا يقتضي ان تحصر وتخصص في السنة القمرية وفقاً للعرف الشرعي غير انه في المعاملات المقيدة والمحدودة بزمان كالاجارة وتأجيل الدين اذا اتفق العاقدان عَلَى ذكر اي تاريخ ارادا مما ذكر فيعتبر اتفاقهما و بناء عليه يلزم اجرآ الايجاب على الوجه المشروح اه

تنبيه : ان النهي عن سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة حيث كان للقاضي لا ينافي سماعها من المحكم بل قال في معين المفتي ان القاضي لا يسمعها من حيث كونه قاضياً فلو حكمه الخصمان في تلك القضية التي مضت عليها المدة المذكورة فله سماعها (رد محتار)

﴿ المادة ١٦٦١ ﴾ تسمع دعوى المتولي والمرتزقة المتعلقة باصل الوقف الى ست وثلاثين سنة

المرتزقة من يرتزق من الوقف كالامام والمؤذن والبواب واصل الوقف هو كل ما تتوقف عليه صحة الوقف وما سوى ذلك فهو من شروطه والمراد ان دعوى المتولي والمرتزقة اذا كانت عائدة الى اصل الوقف تسمع الى ست وثلاثين سنة اما اذا كانت عائدة اليهما فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة كما مر في المادة السابقة مثلاً لو ادعى متولي وقف عقاراً في يد زيد بانه من وقفه وانه في يده بوجه المقاطعة واجاب زيد ان هذا العقار ملكه وانكر دعوى المقاطعة تسمع دعوى المتولي حتى ست وثلاثين سنة لانها عائدة الى اصل الوقف اما لو ادعى رجل على المتولي انه من المشروط لهم غلة الوقف فلا تسمع دعواه الا حتى خمس عشرة سنة لانها عائدة له لا الى اصل الوقف

ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلاً اذا تصرف واحد في عقار

تصرف ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف انه من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه

وليس له ان يكلف المدعى عليه اثبات ملكه لان اقصى ما يستدل به تمي الملك اليد قال في الحامدية سئل في بناء حوانيت جارية في وقف اهلي قائم بالوجه الشرعي في ارض وقف بر محتكرة ونظار وقف البنا واضعون يدهم عليه ومتصرفون فيه لجهة الوقف و يدفعون محاكرة الارض للمتولين على وقف البر من مدة تزيده على ستين سنة بلا معارض فقام متولي وقف البر يكلف ناظر الوقف الاهلي اظهار حجة احتكار واحترام تشهد لجهة الوقف الاهلي بذلك فكيف الحكم اجاب يعمل بوضع يد نظار الوقف الاهلي المذكور بعد ثبوته في البنا ولا يكلف الناظر الى ما ذكر بعدمضي المدة المرقومة اذ لا ينزع شيء من يد احد الا بحق ثابت معروف لانهم قالوا ان اليد والتصرف المدد المتطاولة دليل الاستحقاق ظاهراً اه وفيها سئل في ربع مذرعة معلوم جار في وقف بر يحده من القبلة قطعة ارض جارية في وقف اهلي يؤجرها ناظرها جماعة ويحدها نظارها من الشمال بالمزرعة المذكورة غير ان متولي وقف ربع المزرعة ومن قبله من المتولين يتناولون قسم الربع من زراعه ومتصرفون فيه من الربع المذكور الى محل معلوم في الارض من قديم الزمان بلا معارض والان قام ناظر الارض يعارض في ذلك مدعياً ان حد ارضه الشمالي وراء المحل المذبور من المذرعة داخلها وهو قطع ارض مسميات في حجج اجارات ارضه والحال ان التصرف القديم للمتولين على ربع المذرعة المذكورة في حدها الى المحل المزبور وياخذون قسم الزرع كما ذكر ولم يسبق لنظار وقف الارض وضع يد ولا تصرف شرعي فهل يعمل بتصرف المتولين على الربع المذكور ولا يلتفت لمجرد دعوى الاخر اجاب يعمل بوضع يد المتولين وتصرفهم بعد ثبوته شرعاً لان وضع اليد والتصرف حجة قاطعة ولا يلتفت لمجرد دعوى ناظر وقف الارض المذكورة ولا عبرة بزعمه حيث لم يسبق له وضع يد ولا تصرف في ذلك اه ملخصاً

تتمة : يفهم من قوله في متن المادة « تسمع دعوى المتولي والمرتزقة المتعلقة باصل الوقف» الخ ان دعوى الموقوف عليه باصل الوقف مسموعة وهو خلاف المختار للفتوى قال في اكثر الكتب الفقهية لا يخاصم في دعوى الوقف الا المتولى اما الموقوف

عليه فقال بعضهم انه يملك الخصومة مطلقاً وقال البعض انه لا يملكها الا باذن القاضي وهو المختار للفتوى فهل ينبغي ان يفهم من هذه المادة اختيار القول الاول او يجب تأويل ما فيها بما لو كانت دعوى المرتزقة بامر القاضي فليحرر

﴿ المادة ١٦٦٢ ﴾ اذا كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وان كانت في عقار الوقف فللمتولي ان يدعيها الى ست وثلاثين سنة ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الاراضي الاميرية بعد ان تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الاراضي الاميرية بعد مرور عشر سنين

المراد من الطريق الخاص والمسيل حق المرور وحق التسييل بدليل عطف حق الشرب عليهما ولانه لو كان المراد رقبة الطريق ورقبة المسيل فذلك تكراراً لما مر في المادتين السابقتين . ومعنى هذه المادة ان هذه الحقوق تابعة في مرور الزمان لاصلها فان ادعى المالك لملكه حق المرور في ارض مملوكة او موقوفة فتسمع دعواه حتى خمس عشرة سنة وان ادعى متولي وقف حق التسييل في ارض مملوكة او موقوفة لجهة اخرى تسمع دعواه حتى ست وثلاثين سنة وان ادعى المتصرف في ارض اميرية حق الشرب لهذه الارض من عين مملوكة او موقوفة تسمع دعواه حتى عشر سنين فقط لان الاصل تابع لفرعه فان مدة مرور الزمان لدعوى الارض الاميرية هي عشر سنين كما ورد في آخر هذه المادة

وفي جامع الفصولين والفتوى في زماننا ان الدعوى اذا تركت عشر سنين في الاراضي الاميرية لا تسمع بعدها وفي خزانة المفتين رجل تصرف في الارض الاميرية عشر سنين يثبت له حق القرار ولا تؤخذ من يده اه عَلَى ان هذه المدة هي لمن يدعي حق التصرف في الارض الاميرية اما لو اراد مأمور هذه الاراضي ان يدعي عَلَى رجل رقبة هذه الارض فتسمع دعواه حتى ست وثلاثين سنة كما يعلم من المضبطة التي نظمتها لجنة المجلة بشان مرور الزمان في الدعاوى التي تحدث من الخزينة الجليلة عَلَى عامة الناس وصدرت الارادة الشاهانية السنية باجراء ايجابها وهذه ترجمتها

ان نظارة العدلية الجليلة احالت قبلاً الى لجنة هؤلاء العاجزين تذكرة سامية مؤرخة في ٢٨ ربيع الاول سنة ١٢٩٧ واردة للنظارة المشار اليها من مقام رئاسة الوكلاء الجليل وضم اليها تذكرة من نظارة المالية الجليلة مضمونها ان بعض المحاكم تتردد عن رد دعوى مرور الزمان التي يدعيها المتعهدون والملتزمون المديونون للخزينة الجليلة ببقايا من الاموال القديمة فيطلب عدم تقييد الخزينة في دعاويها بمرور الزمان المبسوط في المادة المعلومة من كتاب الدعاوى من المجلة ولهذا طلب في التذكرة السامية ابلاغ ما يجب عمله في هذا الشأن وقد ورد في التذكرة المقدمة من لجنة هولاء العاجزين جواباً على التذكرة السامية ان اللجنة تتباحث في المعاملات اللازم اجراؤها لدى المحاكم في هذا الشان بعد نشر الكتاب المذكور وباقي القوانين الجديدة وان مثل هذه الدعاوى الواقعة قبل ذلك التاريخ يرى بحسب مقتضى الحال والمصلحة وفقاً لاصولها السابقة وعلى المحاكم ان تسير موقتاً على هذه الخطة ولدى المذاكرة تقرر انه لم يرد في المادة ١٦٦٠ من المجلة استثنا فهي اذاً شاملة للدعاوى التي يقيمها مامورو الخزينة بما لها من الدين عند الناس كما تشمل الدعاوى التي يقيمها الناس بديون لهم على الخزينة الجليلة فكان الواضح من هذا ان مثل هذه الدعاوى ينبغي ان لا يسمع اذا ترك خمس عشرة سنة بدون عذر ولما كانت بعض المحاكم تتردد في هذا الامر وجب كي لا يبقى محل للتردد ان يفسر ويوضح على الوجه الآتي وهو ان الدعاوى المذكورة اذا تركت خمس عشرة سنة بلا عذر لا تسمع بعد المدة المذكورة وان تسبب مرور الزمان عن تكاسل من مأمور الخزينة كان ضامناً ومسؤلاً ثم لقد صرح في قانون الاراضي الهمايوني ان مدة مرور الزمان في الاراضي الاميرية هي عشر سنين وقد ادرج ذلك اجمالاً في المجلة ايضاً الا ان هذا القول هو بشان التصرف بالاراضي الاميرية اما مدة الدعاوى التي يقيمها مأمور هذه الاراضي على مراقبيها فقد سكت عنها ولكنه من المعلوم انه اذا وقعت دعوى على رقبة الارض بين بيت المال والوقف فتسمع دعوى متولي الوقف حتى ست وثلاثين سنة فيجب اذاً ان تسمع دعوى ماموري الاراضي برقبة الارض حتى ست وثلاثين سنة ايضاً اما الدعاوى الكائنة قبل نشر كتاب الدعاوى واعلانه فيجب ان ترى وتفصل بحسب الاصول والمعاملات السابقة على ما تبين في مذكرتنا الآنفة البيان وبكل الوجوه الخ

تاريخ الارادة السنية في ٢٢ محرم سنة ١٣٠٠ و٢٢ تشرين ثاني سنة ١٢٩٨

﴿ المادة ١٦٦٣ ﴾ المعتبر في هذا الباب اي باب مرور الزمان المانع لسماع الدعاوى انما هو مرور الزمان الواقع بلا عذر، اما الزمان الذي مر لعذر شرعي كما لو كان المدعي صغيراً او مجنوناً او معتوهاً سواءٌ كان له وصي او لم يكن او كان في ديار بعيدة مدة سفر او كان خصمه من المتغلبة فلا يعتبر بل يعتبر بدء مرور الزمان من تاريخ زوال العذر واندفاعه. مثلاً لا يعتبر الزمان الذي مر حال صغر المدعي وانما يعتبر من تاريخ وصوله الى حد البلوغ كذلك اذا كان لرجل مع احد المتغلبة دعوى ولم يمكنه اقامتها لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمان لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى وانما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب

قد تبين من هذه المادة استثنا ثلاث مسائل من حكم مرور الزمان وهي فيما لو كان المدعي قاصراً او مجنوناً او معتوهاً او كان غائباً غيبة هي مدة سفر وهي المعبر عنها عند الفقهاء بغيبة مسافة القصر او كان المدعى عليه من المتغلبة يعني اميراً جائراً مثلاً ولم يبنوا لهذا الاستثنا مدة فتسمع الدعوى من الغائب ولو بعد خمسين سنة يؤيده قوله في الخيرية من المقرر ان الترك لا يتاتى من الغائب له او عليه لعدم تاتي الجواب منه بالغيبة والعلة خشية التزوير ولا يتاتى بالغيبة الدعوى عليه فلا فرق فيه بين غيبة المدعي والمدعى عليه اه وكذا الظاهر في باقي الاعذار انه لا مدة لها لان بقاء العذر وان طالت مدته يؤكد عدم التزوير (رد محتار) ولو مضى على الدعوى خمس عشرة سنة فحدث العذر في اثنائها بان جن المدعي او غاب خمس سنين فهل يجب اسقاط مدة العذر من مجموع المدة الظاهر نعم

﴿ المادة ١٦٦٤ ﴾ مدة السفر هي ثلاثة ايام اي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل

على الرجل او على الحافر وامل انه اذا كان احد المتداعيين غائباً ولم تكن الديار دار امان تسمع دعوى المدعي بعد خمس عشرة سنة سواء كانت الغيبة مدة سفر

او لم تكن يؤيده ما في البزازية المختار ان المسافر لا ياتي بالسنين في حال الخوف ويأتي بها في حال الامن والقرار اه ويؤيده ايضاً ما في فتاوي علي افندي سئل فيما اذا باع زيد من عمرو المستامن في دار الاسلام مقداراً من المتاع بثمن معلوم وسلمه المبيع وقبل ان يستوفي منه الثمن ذهب الى دار الحرب ومكث فيها ثلاثين سنة ولم يستوفِ الثمن المذكور ولكن حالما خرج زيد بالامان من دار الحرب طلب الثمن المذكور من عمرو فدفعه عمرو بقوله ان حقك قد سقط بمرور ثلاثين سنة فهل يمكنه ان لا يدفع له الثمن اجاب كلا اه

﴿ المادة ١٦٦٥ ﴾ ساكنا بلدتين بينهما مسافة سفر اجتمعا في بلدة ولو مرة وامكن محاكمتهما ومع ذلك لم يدع احدهما على الآخر شيئاً ومضت على ذلك مدة مرور الزمان لا تسمع دعوى احدهما على الآخر بتاريخ سابق على تلك المدة

قد تبين صريحاً من هذه المادة ان الغيبة انما تكون عذراً في ترك الدعوى اذا كانت منقطعة والا فلا وهذا هو الصواب لانهم عللوا لذلك بان ترك الدعوى لا يتاتي من الغائب له او عليه لعدم تاتي الجوب منه بالغيبة كما قدمنا عن الخيرية ولكن لو اجتمع المدعي بالمدعى عليه ولو مرة واحدة في بلدة يمكنه فيها اقامة الدعوى ولم يدعِ لدى القاضي لا تسمع دعواه لانتفاء العلة المذكورة وهذا ظاهر

﴿ المادة ١٦٦٦ ﴾ اذا ادعى واحد على آخر شيئاً بحضور الحاكم في كل سنة مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مضي المدة مانعاً لسماع الدعوى

لانه لا يصدق على المدعي في هذه الصورة انه ترك دعواه خمس عشرة سنة ولكن اذا ادعى عند القاضي مراراً ولم تفصل الدعوى ومضى بعد المرافعة الاخيرة خمس عشر سنة ثم جدد الدعوى فلا تسمع دعواه (رد محتار)

اما الدعوى والمطالبة عند غير الحاكم فلا تدفع مرور الزمان ومن

ثم لو ادعى واحد شيئاً في غير مجلس الحاكم وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه

﴿ المادة ١٦٦٧ ﴾ يبتدىء مرور الزمان من تاريخ ثبوت الحق للمدعي باقامة الدعوى بالمدعى به فمرور الزمان في دعوى دين مؤجل انما يبتدىء من حلول الاجل لانه قبل حلوله لا يملك المدعي الدعوى والمطالبة بذلك الدين مثلاً لو ادعى واحد على آخر فقال لي عليك كذا دراهم من ثمن الشيء الفلاني الذي بعته منك قبل خمس عشرة سنة مؤجلاً ثمنه لثلاث سنين تسمع دعواه لانه يكون قد مر اعتباراً من حلول الاجل اثنتا عشرة سنة لا غير

اما لو كان الدين مؤجلاً الى حين طلب الدائن اي لو كان السند مكتوباً لحين الطلب كما جرت به العادة في زماننا فيبتدئ مرور الزمان من تاريخ السند فلو مضى من تاريخه حتى اقامة الدعوى خمس عشرة سنة بلا عذر تضحي الدعوى غير مسموعة لان حق اقامة الدعوى ثابت للمدعي من تاريخ السند فيصدق عليه انه ترك الدعوى خمس عشرة سنة

كذلك لا يبتدئ مرور الزمان في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروط للاولاد بطناً بعد بطن الا من تاريخ انقراض البطن الاول اذ ليس للبطن الثاني حق الدعوى ما دام البطن الاول موجوداً

مثلاً لو وقف رجل عقاراً وشرط ولايته وغلته لاولاده ثم لاحفاده بطناً بعد بطن فقام احد اولاده لصلبه وباع ذلك العقار من عمرو وظل عمرو متصرفاً فيه مدة اربعين سنة وبعد هذه المدة توفي البائع فقام ابنه بكر وهو حفيد الواقف يدعي ذلك العقار على عمرو استناداً على شرط الواقف فتسمع دعواه ولا يمنعه مضي هذه المدة كما افتى به شيخ الاسلام المرحوم علي افندي لان حق اقامة الدعوى لم يثبت لبكر الا بعد وفاة والده بمقتضى شرط الواقف فلا يبتدئ مرور الزمان بحقه الا من بعد وفاة ابيه ومثل ذلك لو وقف واحد عقاراً وشرط غلته لاولاده الذكور وبعد انقطاعهم على

بناته فباع اولاده الذكور ذلك العقار من رجل وسلموه اياه وبعد ستين سنة مثلاً انقطعت ذرية الواقف الذكور فقامت بناته تدعين ذلك العقار على المشتري بحكم الوقف تسمع دعواهن ولا يمنعها مرور هذه المدة لان حق اقامة الدعوى لم يثبت لهن الا بعد انقطاع ذرية الواقف الذكور

وكذلك يعتبر بدء مرور الزمان في المهر المؤجل من وقت الطلاق او من تاريخ موت احد الزوجين لان المهر المؤجل لا يصير معجلاً الا بالطلاق او الوفاة

فلو مات زوج المرأة او طلقها بعد عشرين سنة مثلاً من وقت النكاح فلها طلب مؤخر المهر لان حق طلبه انما يثبت لها بعد الموت او الطلاق لا من وقت النكاح وترك الدعوى انما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها وبهذا يعلم جواب حادثة الفتوى سئلت عنها في رجل له كدك دكان وقف مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله في الدكان باذن ناظر الوقف من نحو اربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده في هذه المدة ثم انكره الناظر وانكر وضعه بالاذن واراد الورثة اثباته واثبات الاذن بوضعه والذي ظهر لي في الجواب سماع البينة في ذلك لانه حيث كان في يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون معارض لم يكن ذلك تركاً للدعوى ونظير ذلك ما لو ادعى زيد على عمرو داراً في يده فقال له عمرو كنت اشتريتها منك من عشرين سنة وهي في ملكي الى الان وكذبه زيد في الشراء فتسمع بينة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة لان الدعوى توجهت عليه الان وقبلها كان واضع اليد بلا معارض فلم يكن مطالباً باثبات ملكيتها فلم يكن تاركاً للدعوى ومثله فيما يظهر ان مستاجر دار الوقف يعمرها باذن الناظر وينفق عليها مبلغاً من الدراهم يصير ديناً له على الوقف ويسمى في زماننا مرصداً ولا يطالب به ما دام في الدار فاذا خرج منها فله الدعوى على الناظر بمرصده المذكور وان طالت مدته حيث جرت العادة بانه لا يطالب به قبل خروجه ولا سيما اذا كان كل سنة يقتطع بعضه من اجرة الدار (رد محتار ملخصاً)

✻ المادة ١٦٦٨ ✻ لا يبتدىء مرور الزمان في دعوى الدين على المفلس الا من تاريخ زوال الافلاس · مثلاً لو ادعى على واحد تمادى

افلاسه عشر سنين ثم تحقق ايساره بعد ذلك ان لي عليك من قبل خمس عشرة سنة كذا وكذا ديناً من الجهة الفلانية ولما كنت مفلساً من ذلك التاريخ الى الان لم اتمكن من الدعوى عليك، اما الآن وقد صرت قادراً على اداء الدين فاني ادعي عليك به تسمع دعواه

لان ترك الدعوى بسبب افلاس مدبونه عذر اذ لا يتاتى له اقامة الدعوى ما دام مدبونه مفلساً

﴿المادة ١٦٦٩﴾ اذا ترك واحد دعواه بلا عذر ومر عليها الزمان على ما ذكر آنفاً فكما لا تسمع تلك الدعوى في حياته لا تسمع ايضاً من ورثته بعد مماته

وذلك لان الوارث قائم مقام المورث حقيقةً وحكماً فما يمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث (حامدية) ولكن هذا اذا ادعى الوارث ذلك الملك بالارث عن مورثه ، اما لو ادعاه بسبب اخر فلا يكون ترك مورثه للدعوى مانعاً من سماع دعواه كما لا يخفى لانه بهذه الصورة لا يدعي تلقي الملك من مورثه فلا يكون قائماً مقامه مثلاً لو اوصى رجل بعقار لابن زيد القاصر و بعد موته بخمس عشرة سنة قام ابن زيد الذي بلغ رشيداً وادعى ذلك العقار بمقتضى تلك الوصية على وارث الموصي تسمع دعواه ولا يمنعه منها ترك ابيه ذلك العقار في يد وارث الموصي لانه هنا لا يدعي الملك بسبب الارث عن ابيه بل بسبب الوصية من اجنبي ولكن لو كان ذلك الموصي قد ترك الدعوى بهذا العقار وهو في يد آخر مدة خمس عشرة سنة لا تسمع به دعوى الموصى له لان الموصى له قائم مقام الموصي فما منع عنه الموصي منع عنه الموصى له لان الوصية اخت الميراث ومثل الوصية بهذا المعنى البيع والشرا والهبة كما سياتي في المادة ١٦٧١

﴿المادة ١٦٧٠﴾ اذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث ايضاً مدة اخرى و بلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع تلك الدعوى

لانه حيث كان الوارث قائماً مقام المورث كانا كشخص واحد حكماً فلو ترك المورث

الدعوى ثماني سنين مثلاً وتركها الوارث سبع سنين صار كأن الوارث ترك الدعوى خمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه بعدها راجع المادة ١٢٥٢

﴿ المادة ١٦٧١ ﴾ البائع والمشتري والواهب والموهوب له كالوارث والمورث · مثلاً اذا كان احد متصرفاً في عرصة متصلة بدار خمس عشرة سنة وصاحب الدار ساكت ثم بيعت هذه الدار فادعى مشتريها ان تلك العرصة طريق خاص للدار التي اشتراها فلا تسمع دعواه · كذلك لو سكت البائع مدة والمشتري مدة اخرى و بلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان لا تسمع دعوى المشتري

ومثل البائع والمشتري الموصي والموصى له فلو كان واحد متصرفاً في عرصة متصلة بدار خمس عشرة سنة وصاحب الدار ساكت ثم اوصى صاحب الدار بداره هذه الى رجل فقام الموصى له يدعي ان العرصة طريق خاص للدار الموصى له بها لا تسمع دعواه

وكذا لو تصرف المورث مدة والوارث مدة اخرى و بلغ مجموع المدتين خمس عشرة سنة لا تسمع الدعوى على الوارث وقس على هذا الموصي والموصى له والبائع والمشتري الخ

﴿ المادة ١٦٧٢ ﴾ لو تحقق مرور الزمان على بعض الورثة في دعوى مال للميت هو عند آخر ولم يتحقق على غيره من الورثة لعذر كالصغر وادعى به واثبته يحكم له بحصته في المدعى به ولا يسري هذا الحكم الى سائر الورثة

مثلاً لو مات رجل عن ولد بالغ وولد قاصر وله بذمة رجل الف درهم ديناً شرعياً فترك الوارثان هذه الدعوى خمس عشرة سنة بعد موت ابيهما ثم اقاماها على المديون تسمع دعوى القاصر ويحكم له بنصف الالف لانه معذور بسبب الصغر واما دعوى الولد البالغ فلا تسمع اذ لا عذر له وكذا لو مات رجل عن ابن و بنتين

احداها بالغة والاخرى قاصرة فوضع الابن يده على تركة ابيه وبقي متصرفاً فيها مدة خمس عشرة سنة ثم ادعت عليه الاختان بنصيبهما من تركة والدهما تسمع دعوى الابنة القاصرة فقط واما دعوى الابنة البالغة فلا تسمع بل يبقى نصيبها في يد اخيها وكما يقال في الصغر يقال في الجنون والعته وفيما لو كان احد الورثة حاضراً والاخر غائباً غيبة هي مدة سفر

﴿ المادة ١٦٧٣ ﴾ ليس لمن كان مقراً بان العقار في يده بوجه الاستئجار ان يتملكه لمضي اكثر من خمس عشرة سنة على يده ، اما اذا كان منكراً الاجارة والمالك يقول هذا ملكي وكنت اجرتك اياه منذ كذا وما زلت اقبض اجرته فتسمع دعواه ان كان ايجاره معروفاً بين الناس والا فلا

وكما يقال في الاجارة يقال ايضاً في المزارعة والمساقاة والمراد بقوله معروفاً بين الناس ان يكون مشهوراً متواتراً عندهم فبينة النصاب لا تكفي

﴿ المادة ١٦٧٤ ﴾ لا يسقط الحق بتقادم الزمان فاذا اقر المدعى عليه واعترف صراحة في حضور الحاكم بان حق المدعي عنده في الحال على الوجه الذي يدعيه وكان قد مر الزمان على الدعوى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه

قوله في الحال قيد احترازي، احترز به عن الاقرار بوجود الحق في الزمن الماضي ويراد به ان اقرار المدعى عليه لا يدفع مرور الزمان الا اذا اقر ببقاء الحق في ذمته للحال وعلى هذا لو ادعى على اخر عقاراً انه ملكه ورثه عن والده فاجابه المدعى عليه اني اشتريته من والدك وعمك المورثين لك بكذا واني ذو يد عليه من اربعين سنة فلا يحتاج الى بينة تشهد له بالشراء بل حسبه ان يثبت تصرفه مدة مرور الزمان خلافاً للخيرية لان بدعواه الشرا من والد المدعي وعمه لم يقر ببقاء الملك لهما في الحال فلا يدفع اقراره مرور الزمان وكذا اذا ادعى على اخر الفاً اقرضه اياه من عشرين سنة فاجاب المدعى عليه انه قضى هذا الدين ثم ادعى مرور الزمان فلا يمنعه من دعواه هذه دعواه

الايفاء لانه وان كانت دعوى الايصال تتضمن الاقرار بالدين الا ان المدعى عليه لم يقر ببقائه في ذمته للحال و بذلك اعلام من محكمة التمييز مؤرخ في ١٥ حزيران ٣٠٨ عدد ٧٠

واما اذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم بل ادعى المدعى انه اقر في محل آخر فكما لاتسمع دعواه الاصلية كذلك لاتسمع دعواه الاقرار

لوجود شبهة التزوير ولانه لما كان المنع من سماع اصل الدعوى ففرعها وهو الاقرار اولى بالمنع لما ان النهي يشملها الا اذا كان الاقرار عند القاضي كما تقدم

ولكن اذا كان الاقرار المدعى به قد ربط بسند حاوٍ لخط المدعى عليه او ختمه المعروفين ولم تمر مدة مرور الزمان من تاريخ السند الى وقت الدعوى فعند ذلك تسمع دعوى الاقرار على هذه الصورة

ولقائل ان يقول كما تسمع دعوى الاقرار المربوط بالسند يلزم ايضاً ان تسمع البينة عليه او كالا تقبل البينة على الاقرار لان اصل الدعوى ممنوع سماعه فكذا فرعه ينبغي ان لاتسمع ايضاً دعوى الاقرار المربوط بسند لجامع الحجة ،والجواب على ذلك ان منع سماع الدعوى انما هو لمنع التزوير والتحيل فاذا ترك المدعي دعواه خمس عشرة سنة ثم ادعى ان المدعى عليه اقر له بالحق عند غير القاضي واراد ان يقيم البينة على ذلك كانت علة خشية التزوير والتحيل باقية فلا تقبل هذه البينة اما لو كان المدعى عليه ربط اقراره هذا بسند حاوٍ خطه او ختمه المعروف فاية شبهة بعد ذلك واي محل لاختشاء التزوير والحيلة واذا انتفت هذه العلة اضحت الدعوى مسموعة فافهم .

﴿ المادة ١٦٧٥ ﴾ لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعامة كالطريق العام والنهر والمرعى . مثلاً لو ضبط واحد المرعى المختص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم

لعل وجهه ان عدم سماع الدعوى لمرور الزمان محله فيما اذا تركت الدعوى بدون عذر ،اما اذا تركت بعذر كالغيبة والصغر والجنون فتبقى مسموعة مهما طال العذر كما مر

في المادة ١٦٦٣ والحال ان ترك الدعوى بدون عذر لا يتصور في دعاوى المحال المخصصة لمنافع العامة لان العامة لا تخلو من الصغار والمجانين والمعتوهين والغيب فاذا تركت الدعوى من بعضهم بدون عذر لا يصدق على الصغير ونحوه انه تركها بدون عذر ايضاً فتبقى دعواه مسموعة واذا لم تسقط دعواه لا تسقط ايضاً دعوى غيره ممن لا عذر له في ترك الدعوى لان ليس لكل واحد من العامة في الطريق ونحوه حق معلوم يقبل التجزئة لتسقط دعوى بعضهم وتبقى دعوى الاخر وقد ذكر في المادة ٦٣ بان ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله فراجعها مع شرحها يتضح لك المراد وللقائل ان يقول ينبغي ان لا تسمع ايضاً دعوى الصغير اذا سقطت دعوى مورثه بمرور الزمان لانه قد ذكر في المادة ١٦٦٩ بانه اذا ترك واحد دعواه بدون عذر ووجد مرور الزمان فكما لا تسمع دعواه لا تسمع ايضاً دعوى وارثه من بعده والجواب عن ذلك ان هذا محله فيما اذا كان الوارث يدعي تلقي الملك بالارث عن مورثه المذكور لانه حينئذ يقوم مقامه حقيقة وحكماً وما منع عنه المورث منع عنه الوارث اما اذا ادعاه بسبب آخر كما لو ادعاه مثلاً بالشرا او بالهبة من ذي اليد فتسمع دعواه لا محالة كما قدمنا في شرح المادة المذكورة وهنا الصغير لا يدعي حقاً في المحال المتروكة لمنافع العامة بسبب الارث عن مورثه لان هذا الحق لم ينتقل اليه بطريق الارث او الخلافة بل بمجرد وجوده على وجه الارض اذ له الانتفاع به ولو كان مورثه حياً لان من المقرر انه حينما يدرج الصغير يحق له المرور في الطريق العام بدون معارض ولو كان مورثه لم يمت وكذا لو وهب للصغير يوم ولادته قطيع من الماشية كان لوليه ان يرعاها في المرعى العام المتروك لمنافع بلدته وليس لاهل البلدة ان يمنعوه عن ذلك بحجة ان والده لم يمت هذا ما ظهر لي في توجيه هذه المسالة والله تعالى اعلم

الكتاب الخامس عشر

في البينات والتحليف ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

المقدمة

في بعض الاصطلاحات الفقهية

﴿ المادة ١٦٧٦ ﴾ البينة هي الحجة القوية

﴿ المادة ١٦٧٧ ﴾ التواتر هو خبر جماعة لا يجوز عقلاً اتفاقهم على الكذب

التواتر لغةً التتابع. قال في المغرب الوتر خلاف الشفع يقال هم على وتيرة واحدة اي على طريقة وسجية واصلها من التواتر وهو التتابع ومنه جاءوا تترى اي متتابعين وتراً بعد وتر اه. وقال في المصباح تواترت الخيل اذا جاءت يتبع بعضها بعضاً اه وعند الاصوليين هو الخبر الذي رواه قوم لا يحصى عددهم ولا يتوهم تواطؤهم على الكذب ويدوم هذا فيكون اخره كاوله واوله كاخره واوسطه كطرفيه وعرفه المحققون منهم بانه خبر جماعة يفيد بنفسه العلم بصدقه كذا في شرح المنار. وقال العلامة في اول الركن الثاني من التلويح قوله ولا يمكن تواطؤهم اي توافقهم على الكذب عند المحققين تفسير للكثرة بمعنى ان المعتبر في كثرة المخبرين بلوغهم حداً يمتنع عن العقل تواطؤهم على الكذب حتى لو اخبر جمع غير محصور بما يجوز توافقهم على الكذب فيه لغرض من الاغراض لا يكون متواتراً اه. عن ترجيح البينات للمرحوم محمود افندي حمزي

﴿ المادة ١٦٧٨ ﴾ الملك المطلق هو الذي لم يتقيد باحد اسباب الملك كالارث والشراء. والملك الذي يتقيد بسبب من هذه الاسباب يقال له الملك بالسبب

ولكن دعوى الارث وان كانت من قبيل دعوى الملك بسبب الا انها في حكم

دعوى الملك المطلق على ما عليه الاكثر وستتضح احكام ذلك اما الشراء فقداشترط بعضهم ان يكون من معين والا بان قال اشتريته من زيد ولم يكن زيد معروفاً فذلك من قبيل الملك المطلق (رد محتار)

❊ المادة ١٦٧٩ ❊ ذو اليد هو الذي وضع يده على عين بالفعل او الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك

فذو اليد في دار ساكنها لا من بيده مفتاح بيت منها، كذا في الخيرية . وتعرف اليد في الغيضة اذا كان يقطع الاشجار و يبيعها او ينتفع بها منفعة تقرب منها وفي الاجمة اذا كان يقطع القصب و ياخذه الى حاجة نفسه او للبيع (هندية) . وفي الانقروي عن البزازية واليد على الاجمة والغيضة تثبت بقطع الشجرة و بيعها بلا منازع وان شهدوا في الاجمة والغيضة بانها في يده تقبل بلا تفسير كيفية اليد وان سالهم الحاكم عن الكيفية فهو احوط وان قالا في الشهادة رأينا غلمانه ودوابه يدخلون في هذه الدار لا يقضى باليد حتى يقولوا كان ساكناً فيها اه . وفي التكملة عن البحر اخذ عيناً من يد اخر وقال اني اخذته من يده لانه كان ملكي و برهن عَلَى ذلك تقبل لانه وان كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما اقر بقبضه منه فقد اقر ان ذا اليد بالحقيقة هو الخارج . ولو غصب ارضاً وزرعها فادعى رجل انها له وغصبها منه فلو برهن على غصبه واحداث يده يكون هو ذا يد والزارع خارجاً ولو لم يثبت احداث يده فالزارع ذو يد والمدعي هو الخارج ولو كان بيده عقار فاحدث الاخر عليه يده لا يصير به ذا يد فلو ادعى عليه انك احدثت اليد وكان بيدي فانكر يحلف و به علم ان اليد الظاهرة لا اعتبار لها اه

وقد يتفق ان تكون العين في يد اثنين وهذا على صورتين الاولى ان يتساوى تصرفهما بها فكل منهما حينئذٍ ذو يد . الثانية ان يختلف تصرفهما بها وذلك على وجهين الاول ان يكون تصرف احدهما اقوى واظهر من تصرف الاخر كما لو كان احدهما راكباً الفرس والآخر آخذاً بلجامه فذو اليد هو الراكب لان تصرفه اظهر . الثاني ان يكون تصرف احدهما اكثر كما لو كان لاحدهما حمل عَلَى الدابة وللاخر كوز معلق بها فصاحب الحمل هو ذو اليد وسياتي تمام ذلك في شرح المادة ١٧٧٧ عند قولنا وهذه مسائل يصدق فيها واضع اليد بلا برهان

﴿ المادة ١٦٨٠ ﴾ الخارج هو البريء عن وضع اليد والتصرف بالوجه المشروح

قال في ترجيح البينات للمرحوم محمود افندي حمزي فذو اليد هو من كان المدعى به في تصرفه بحيث ينتفع به والخارج خلافه وليس المراد كونه في تصرفه حال المحاكمة خاصة بل سواء كان حال المحاكمة او قبلها كمن احدث يده على عقار في يد غيره لم يصر بهذا ذا يد او رأى شيئاً في يد رجل فاخذه على انه ملكه واقام بينة على ذلك تقبل بينته لانه خارج في الحقيقة كذا في دعوى القهستاني ثم كونه ذا يد في المنقولات يثبت بالعيان والمشاهدة او الاقرار او البينة كمن انكر كون المنقول في يده فاحضر المدعي شاهدين شهدا انه في يده منذ سنة تسمع و يعتبر ذا يد كذا في الهندية . واما ثبوت اليد في العقار فقد قال في الفصولين انكر المدعى عليه كون العقار في يده يحلف حتى يقر فلو اقر باليد حلف على الملك فلو اقر به يؤمر بترك التعرض فلو برهن المدعي بعد اقرار المدعى عليه باليد انه له لا تقبل بينته على الملك ما لم يبرهن انه في يد المدعى عليه فلو لم يبرهن على يد المدعى عليه و برهن على الملك بعد اقرار المدعى عليه باليد وقضى به القاضي للمدعي لا ينفذ حكمه اه . ثم اذا شهد الشاهدان باليد يسالها القاضي عن سماع شهدا بيده او معاينة لانهما ربما سمعا اقراره بيده وظنا انه تطلق لها الشهادة وهذه تشتبه على كثير من الفقهاء فما لم يذكر الشاهدان انهما عاينا يده لا تقبل كذا في الخيرية اه

﴿ المادة ١٦٨١ ﴾ التحليف هو توجيه اليمين على احد الخصمين

﴿ المادة ١٦٨٢ ﴾ التحالف هو توجيه اليمين على كلا الخصمين

﴿ المادة ١٦٨٣ ﴾ تحكيم الحال يعني جعل الحال الحاضر حكماً هو من قبيل الاستصحاب والاستصحاب هو الحكم ببقاء امر محقق لا يظن عدمه وهو بمعنى ابقاء ما كان على ما كان

والاستصحاب يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق وقد تقدم الكلام عليه في شرح المادة الخامسة وستاتي مسائله في المادتين ١٧٧٦ و١٧٧٧

الباب الاول

في الشهادة ويشتمل على ثمانية فصول

الفصل الاول

في تعريف الشهادة ونصابها

﴿ المادة ١٦٨٤ ﴾ الشهادة هي الاخبار بلفظ الشهادة يعني بقول اشهد باثبات حق واحد في ذمة الاخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر شاهد وللمخبر له مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به

عرفها في التنوير بانها اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي اه . وشروطها نوعان الاول شروط التحمل اي علم الشاهد بالمشهود به وهي العقل الكامل والبصر ومعاينة المشهود به بنفسه فلو علم انه تحمل الشهادة وهو مجنون او صبي لا يعقل او اعمى ثم اداها بعد البلوغ او رجوع عقله او بصره اليه لا تقبل (هندية) الثاني شروط الاداء وهي كثيرة منها البلوغ والقدرة على التمييز بالسمع والبصر والنطق فلا تقبل شهادة الصبي المميز والاطرش والاعمى والاخرس ومنها ايضاً مجلس القاضي ومواجهة الخصمين كما ورد في هذه المادة فاخبار الشاهد في غير مجلسه لا يعتبر وانما قيد بالقاضي وان كان المحكم كذلك لان المحكم لا يتقيد حكمه بمجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه (حموي) بخلاف القاضي فانه يتقيد بمجلس حكمه المعين من الامام و بمحل ولايته (طحطاوي) . ثم وان كان من شروط الشهادة ان تكون بمواجهة الخصمين الا انها كما تصح بوجه الخصم تصح بوجه وكيله قال في الخانية ادعى ديناً على رجل فوكل المدعى عليه رجلين بالخصومة فاقام المدعي شاهداً على احد الوكيلين وشاهداً على الوكيل الاخر جاز وكذا لو اقام شاهداً على الموكل وشاهداً على الوكيل او اقام على المدعى عليه شاهداً وعلى وصيه او وارثه بعد موته شاهداً او كان للميت وصيان فاقام المدعي على احدهما شاهداً وعلى الاخر شاهداً جازاه

وباقي شروطها ستاتي مفصلة . وركن الشهادة لفظ اشهد وحكمها وجوب الحكم على القاضي بموجبها بعد التزكية فلو امتنع اثم واستحق العزل وعذر (تنوير) . وفي مجمع الانهر عن المبسوط ، والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانها تحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع اه

﴿ المادة ١٦٨٥ ﴾ نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان

سواء كانت تلك الحقوق مالاً او غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية وارث (در مختار) وكذا القتل خطأ والقتل الذي لا قصاص فيه لان موجبه المال (خانية) ونصاب الشهادة لبقية الحدود والقود رجلان ولا تقبل فيها شهادة النساء لان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص اذ ان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال والحال ان الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات (مجمع الانهر) . ثم ان المفهوم من هذه المادة ان شهادة النساء وحدهن لا تقبل وبه صرح في الدر المختار حيث قال ولا تقبل شهادة اربع بلا رجل لئلا يكثر خروجهن اه اي ولعدم ورود الشرع به (رد محتار)

وتقبل شهادة الفرد في مواضع : الاول في حوادث الصبيان كصبيان المكتب وصبيان الحرفة فتقبل فيها شهادة المعلم منفرداً كما في الدر المختار عن القهستاني . الثاني اخبار القاضي بافلاس المحبوس بعد ان حبسه مدة . الثالث تزكية السر . الرابع ترجمة الشاهد والخصم . الخامس الرسالة من القاضي الى المزكي ومن المزكي الى القاضي اي فيكفي العدل الواحد للتزكية السرية والترجمة والرسالة لانها خبر وليست بشهادة حقيقة ولذا جوزوا تزكية المرأة والاعمى وتزكية من لا تقبل شهادته له كتزكية احد الزوجين للاخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس كما في العيني وصدر الشريعة . السادس تقويم المتلف بان كسر رجل شيئاً فادعى ان قيمته كذا فانكر المدعي عليه ان يكون ذلك القدر فيكفي في اثبات قيمته قول العدل الواحد . وقد نظم ابن وهبان هذه المسائل بقوله

ويقبل عدل واحد في تقوم ... وجرح وتعديل وارش يقدرُ
وترجمة والسلم هل هو جيد ... وافلاسه الارسال والعيب يظهرُ

قوله والسلم بمعنى المسلم فيه اي اذا اختلفا فيه بعد احضاره وقوله والعيب يظهر اي اذا اختلف البائع والمشتري في اثبات العيب يكتفى باثباته بقول عدل اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

ولكن تقبل شهادة النساء وحدهن بحق المال فقط في المحال التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها

كالولادة والبكارة وعيوب النساء فتقبل فيها شهادة امرأة واحدة حرة عدلة والثنتان احوط ولو شهد بذلك رجل بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها تقبل شهادته ان كان عدلاً ولا يشترط العدد لان شهادة الرجل اقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد اولى (هندية) اما لو قال هذا الرجل تعمدت النظر اليها فلا تقبل شهادته (رد محتار). وذكر الحموي في شرحه عن الحاوي القدسي تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في حكم الدية لئلا يهدر الدم ومثله في خزانة الفتاوى وهو الاظهر. وقال الحموي عن الملتقط اذا ادعت امرأة الميت انها حبلى تعرض على مراة او مراتين فان لم يوقف على شيء من علامات الحمل قسم ميراثه وان وقف على شيء من علامات الحمل يوقف نصيب ابنين ونحوه عن ابي يوسف ومحمد (تكملة ملخصاً)

﴿المادة ١٦٨٦﴾ لا تقبل شهادة الاخرس والاعمى

مطلقاً اي سواء عمي قبل التحمل او بعده وسواء عمي وقت الاداء او بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع او لا تجوز ولو عمي بعد اداء الشهادة ولكن قبل القضا بها يمتنع القضا عند ابي حنيفة ومحمد وهو المذهب الصحيح المفتى به الذي هو ظاهر الرواية (خيرية ملخصاً) اما عدم قبول شهادة الاعمى اذا كان اعمى وقت الاداء فلأن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة واما عدم قبول شهادته فيما لو عمي بعد الاداء وقبل القضا فلان المراد بعدم قبولها عدم القضا بها لان قيام اهليتها شرط وقت القضا لصيرورتها حجة عنده اما عدم قبول شهادة الاخرس مطلقاً فلأنه لا عبارة له اصلاً بخلاف الاعمى وفي المبسوط انه باجماع الفقهاء لان لفظ الشهادة لا يتحقق منه (تكملة ملخصاً)

ولا تقبل ايضاً شهادة الصبيان والمجانين والمعتوه بمنزلة المجنون اما المجانين فلعدم العقل وكذلك الصبيان لان الشرع جعل حد كمال العقل البلوغ عن العقل (خانية) ولكن المجنون اذا كان يجن ساعة و يفيق ساعة فشهد في حين افاقته تقبل شهادته وقدره شمس الائمة الحلواني بيومين وقال اذا كان جنونه يومين او اقل من ذلك ثم يفيق هكذا فشهد في حال افاقته تقبل شهادته (هندية) وفي الدر المختار لا تقبل ايضاً شهادة المغفل اه

تتمة : متى ردت الشهادة لعلة ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لا تقبل . فلو شهد الزوج لزوجته بدعوى فردت ثم ابانها وتزوجت غيره ثم شهد لها بتلك الدعوى لم تقبل (تكملة عن الجوهرة والبدائع) ولكن يستثنى من ذلك ما لو شهد الاعمى او الصبي فردت شهادته للعمى او للصغر ثم ابصر الاعمى او بلغ الصبي فاعاد الشهادة في تلك الحادثة تقبل (اشباه) ولكن يشترط في الاعمى ان يكون بصيراً وقت التحمل بان كان بصيراً فتحمل ثم عمي ثم ابصر فادى الشهادة تقبل اما اذا تحمل وهو اعمى ثم ادى بصيراً لا تقبل لان شرط التحمل البصر ويشترط في الصبي ان يكون مميزاً وقت التحمل لان التحمل بالضبط وهو انما يحصل بالتمييز اذ لا ضبط قبله فلو تحمل غير مميز ثم بلغ فادى الشهادة لا تقبل بخلاف ما لو تحمل مميزاً ثم بلغ فادى شهادته تقبل (تكملة ملخصاً)

الفصل الثاني

في كيفية اداء الشهادة

❋ المادة ١٦٨٧ ❋ لا تعتبر الشهادة التي تقع في خارج مجلس المحاكمة

ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٨ ت ١ سنة ٣٠٦ مؤداه اذا كان النائب الذي ترسله المحكمة للكشف غير ماذون بالحكم فلا يجوز ان يحكم بناء على الشهادة التي يستمعها حين الكشف بل لا بد من جلب الشهود الى المحكمة واستماع شهادتهم فيها (ج . م . عد ٧١١)

﴿ المادة ١٦٨٨ ﴾ يلزم ان يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به وان يشهدوا على ذلك الوجه

ولو شهدا ان فلاناً ترك هذه الدار ميراثاً ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لانهما شهدا بملك لم يعاينا سببه (تكملة عن البزازية) وفيها عن المقدسي لا بد من علم الشاهد بما يشهد به وفي النوازل شهدا ان المتوفي اخذ من هذا المدعي منديلاً فيه دراهم ولم يعلما كم وزنها تجوز شهادتهما وهل لهما ان يشهدا بالمقدار قال ان كانوا وقفوا على تلك الصرة وفهموا انها دراهم وحرروا فيما يقع عليه يقينهم من مقدارها شهدوا بذلك وينبغي ان يعتبروا جودتها فقد تكون ستوقة فاذا فعلوا جازت شهادتهم اه. وفي الانقروي عن البزازية شهدا ان شاة هذا دخلت في غنم هذا ولا نعرفها لا تقبل ولو قالا غصب شاته وادخلها في غنمه ولا نعرفها قضي عليه بالقيمة وقولهم الجهالة تمنع الدعوى ليس على اطلاقه انما تمنع في حق القضا واما في حق الحبس والقضا بالقيمة لو تعذر فلا اه. وفيه عن محيط السرخسي ادعى عليه الفاً ديناً فشهدا انه دفع اليه الفاً ولا ندري باي وجه دفع قيل لا تقبل والاشبه بالصواب انها تقبل اه. وفي جامع الفصولين ادعى عليه خمسة دنانير فقال المدعى عليه اوفيتكها فشهدا انه دفع اليه خمسة دنانير الا انا لا ندري من اي مال دفعها من هذا الدين ام من آخر تقبل ويبرأ هو الصحيح اه

تتمة : للشاهد ان يشهد بما سمع ان كان من المسموعات وبما رأى ان كان من المرئيات فيشهد بالاقرار ولو بالكتابة وبالبيع سواء كان بالتعاطي وسواء عقداه بالايجاب والقبول ويشهد بالقتل والغصب ولو لم يشهده المشهود عليه على ذلك كله بل ولو قال له لا تشهد عليَّ بما سمعت او بما رأيت ولكن لا يشهد على محجب بسماعه منه الا اذا تبين القائل بان لم يكن في البيت غيره ولكن اذا فسر ذلك القاضي لا تقبل شهادته اذ ليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير فان الشهادة على التسامع تقبل في بعض الحوادث لكن اذا صرح لا تقبل اه عن الدر المختار وحاشيته للطحطاوي. وفي الهندية اذا شهدا على امراة سمياها ونسباها وكانت حاضرة فقال القاضي للشهود هل تعرفون المدعى عليها فقالا لا فالقاضي لا يقبل شهادتهما ولو قالا تحملنا الشهادة عن امراة اسمها ونسبها كذا ولكن لا ندري ان هذه المراة هل هي بعينها ام لا صحت شهادتهما على المسماة وكان على المدعي اقامة البينة ان هذه هي التي سموها ونسبوها اه

وفيها الشهادة بالنتاج ان يشهد بان هذا كان يتبع هذه النانة ولا يشترطادا الشهادة على الولادة اه

ولا يجوز ان يشهدوا بالسماع · يعني ان يشهد الشاهد بقوله سمعت من الناس

اعلم ان الشهادة بالتسامع لاتقبل الا في تسعة مواضع : اربعة تقبل فيها بالاجماع وهي النكاح والنسب والموت والقضا فاذا سمع الرجل من الناس انه فلان ابن فلان او رأى رجلا يدخل على امرأة وسمع من الناس ان فلانة زوجة فلان او رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً وينبسط كل واحد الى الاخر انبساط الازواج او رأى رجلاً قضى لرجل بحق من الحقوق وسمع من الناس انه قاضي هذه البلدة او سمع الناس يقولون ان فلاناً مات او رآهم صنعوا به ما يصنع بالموتى وسعه ان يشهد وان لم يعاين الولادة على فراشه اوعقد النكاح او تقليد الامام اياه قضاء هذه البلدة او الموت (هندية)· وخمسة مواضع تقبل فيها الشهادة بالتسامع على الاصح اولها المهر قال طحطاوي وفي البحر عن الظهيرية والبزازية والخزانة ان في المهر روايتين والاصح الجواز اه ثانيها الدخول بزوجته كما في التنوير وافاد عبد البر انها تقبل بالسماع ويترتب على قبولها احكام كالعدة والمهر والنسب · ثالثها العتق ورابعها الولاء عند ابي يوسف (در مختار) وخامسها مسالة الوقف الآتية في المتن

ولكن اذا شهد بمحل انه وقف او بوفاة واحد بقوله سمعت من الثقة يعني لو قال اشهد بهذا لاني هكذا سمعته من ثقة تقبل شهادته

هذا ظاهر في ان الشهادة مقبولة وان فسر الشاهد بان شهادته بالسماع وبه صرح في التنوير وغيره وذلك حفظاً للاوقاف القديمة عن الاستهلاك (درر)· ثم اعلم ان الشهادة بالسماع على اصل الوقف مقبولة بالاجماع اما على شرائطه ففيها خلاف · قال في الهندية عن الكافي اما الوقف فالصحيح انها تقبل الشهادة فيه بالتسامع على اصله دون شرائطه وكل ما تتعلق به صحة الوقف فهو من اصله وما لا يتوقف على الصحة فهو من شرائطه اه ولكن في الدر المختار وتقبل الشهادة بالتسامع عَلَى شرائط الوقف على المختار اه · فهما اذاً قولان مصححان وعلى الاول مشى في العمادية وعلى الثاني مشي

في المجتبى واعتمده في المعراج واقره الشرنبلالي وعزاه الى العلامة قاسم وقواه في الفتح بقوله وانت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها مصارف وشرائط انه يسلك فيها على ما كانت في دواوين القضاة لا تتوقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اه اي لان الشهادة بالتسامع هي ان يشهد بما لم يعاين والعمل بما في دواوين القضاة عمل بما لم يعاين وايضاً قولهم المجهولة شرائطه ومصارفه يفهم منه ان ما لم يجهل منها يعمل بما علم منها وذلك العلم قد لا يكون بمشاهدة الواقف بل بالتصرف القديم . ثم اعلم ان المراد من الشرائط والجهات كما اوضحه الرملي ان يقول ان قدراً من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل الى كذا بعد بيان الجهة وليس معنى الشروط ان يبين الموقوف عليه لانه لا بد منه في اثبات اصل الوقف قال الرملي والمراد باصل الوقف ان هذه الضيعة وقف على كذا فبيان المصرف داخل في اصل الوقف اه . قال في التنوير واصل الوقف هو كل ما تتعلق به صحته وتتوقف عليه وبيان المصرف من اصله اه اي لتوقف صحة الوقف عليه فتقبل الشهادة على المصرف بالتسامع كاصله وكونه وقفاً على الفقراء او على مسجد كذا تتوقف عليه صحته بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد او للذرية فهو من الشرائط لا من الاصل ولعل هذا مبني على قول محمد باشتراط التصريح في الوقف بذكر جهة لا تنقطع وتقدم ترجيح قول ابي يوسف بعدم اشتراط التصريح به فاذا كان غير لازم في كلام الواقف فينبغي ان لا يلزم في الشهادة بالاولى لعدم توقف الصحة عليه عنده ويؤيد هذا ما في الاسعاف والخانية لا تجوز الشهادة على الشرائط والجهات بالتسامع اه . ولا يخفى ان الجهات هي بيان المصارف كالامام والمؤذن فقد ساوى بينها وبين الشرائط الا ان يراد بها الجهات التي لا تتوقف صحة الوقف عليها وفي جامع الفصولين لو ذكرا الواقف لا المصرف تقبل لو قديماً ويصرف الى الفقراء اه وهذا صريح فيما قلنا من عدم لزومه في الشهادة والظاهر انه مبني على قول ابي يوسف وعليه فلا يكون بيان المصرف من اصله فلا تقبل فيه الشهادة بالتسامع كما سمعت نقله عن الخانية والاسعاف والظاهر ان هذا اذا كان المصرف جهة مسجد او مقبرة او نحوهما اما لو كان للفقراء فلا يحتاج الى اثباته بالتسامع لما علمت من انه يثبت بالشهادة على مجرد الوقف فاذا ثبت الوقف بالتسامع يصرف الى الفقراء بدون ذكرهم كما علم من عبارة الفصولين (تكملة ملخصاً) . ثم اعلم ان الشهادة على اصل الوقف تقبل بالسماع سواء كان الوقف

قديماً او حديثاً كما حققه الرملي في فتاواه حيث قال : واطلاق المتون يعم المتقادم وغيره فان قيل عللوا بقبول الشهادة بالتسامع ببيد الشهود وفناء الاوراق فكان هو المثبت للحكم . قلنا انتفاؤها لا ينفي الحكم بعلة غيرها كما صرحت به اصحاب الاصول ان انتفاء العلة لا يوجب انتفاء الحكم عند تعددها اه

وتجوز شهادة الشاهد بالولاية والنسب والموت بالسماع من دون ان يفسر وجه شهادته . يعني بدون ان يتكلم بلفظ السماع

هذا ظاهر في الولاية والنسب اما في الموت فهو مخالف لما تقدم في الفقرة السابقة من انه لو شهد بوفاة واحد لانه سمع من ثقة تقبل شهادته . والظاهر ان ما هنا سهو لان الصحيح القبول ولو فسر الشاهد ان شهادته بالتسامع وعليه المتون

مثلاً لو قال ان فلاناً كان بالتاريخ الفلاني والياً او حاكماً في هذه البلدة وان فلاناً مات في وقت كذا وان فلاناً هو ابن فلان اعرفه هكذا وشهد بصورة قطعية بدون ان يقول سمعت تقبل شهادته وان لم يكن قد عاين هذه الامور بل وان لم يكن سنه مساعداً لمعاينة ما شهد به وايضاً اذا لم يقل سمعت من الناس بل شهد قائلاً باناً لم نعاين هذا الامر ولكنه مشتهر بيننا على هذه الصورة او هكذا نعرفه تقبل شهادته

اما لو قال شهدت لاني سمعت من الناس فلا تقبل شهادته (انقروي عن البزازية)

وقد نظم بعضهم المسائل التي تقبل فيها الشهادة بالتسامع بقوله

افهم مسائل ستة واشهد بها ... من غير رؤياها وغير وقوف

نسب وموت والولاد وناكح ... وولاية القاضي واصل وقوفِ

فائدة : لا تسمع دعوى النسب قصداً الا في الاب والابن . اما في غيرهما فلا تسمع الا في ضمن دعوى اخرى كدعوى النفقة والارث والاستحقاق من غلة الوقف فلو ادعى على واحد اني اخوك لاتسمع دعواه اما لو ادعى عليه النفقة او الاستحقاق من غلة الوقف لانه اخوه فتسمع دعواه (تكملة)

❊ المادة ١٦٨٩ ❊ اذا لم يقل الشاهد اشهد بل قال انا اعرف

الامر الفلاني هكذا او اخبر بذا لا يكون قد ادّى الشهادة

لانه يلزم لقبول الشهادة لفظ اشهد بلفظ المضارع بالاجماع سواء كانت الشهادة في الحدود والقصاص او في غيرها من الحقوق فيما يطلع عليه الرجال او لا حتى لو قال اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة بلفظ الشهادة فلا يقوم غيره مقامه لما فيه من زيادة توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظاً فيها اما اشتراط لفظ المضارع بالاجماع فلكي يفيد انه يشهد للحال اذ لو قال شهدت لا يجوز لاحتمال الاخبار عما مضى فلا يكون شاهداً للحال (تكملة ملخصاً)

ولكن بعد قوله هذا لو سأله الحاكم اتشهد هكذا واجاب نعم هكذا اشهد يكون قد ادّاها ولا يشترط لفظ الشهادة في الاخبارات الواقعة لمجرد التحقيق واستكشاف الحال كاخبار الخبراء لانها ليست بشهادة شرعية وانما هي من قبيل الاخبار المجرد

فمن ذلك ما لو ارسل القاضي امينه ليشير الشهود امامه الى مدعى به تعذر نقله الى مجلسه ففعلوا فليس على امين القاضي ان يخبره بما فعلوا بلفظ الشهادة ولكن لو ارسل اميناً ليحلف امرأة مخدرة في بيتها فلا بد حينئذٍ من شاهدين ولو احدهما الامين يشهد ان على حلفها بلفظ اشهد (حموي)

استطراد : وفي الانقروي عن المحيط ادعى ان له حق مجرى ماء في بستان غيره فشهدوا ان هذا مجرى مائه لا تقبل عند ابي حنيفة ومحمد ما لم يشهدوا له بالملك او الحق وعند ابي يوسف تقبل مطلقاً اه . وفي الخانية نهر في ارض رجل ادعى رجل ان له حق الشرب من هذا النهر واحضر شهوداً فشهدوا ان المدعي كان يُجري فيها الماء لا تقبل شهادتهم انما تقبل اذا شهدوا له ان فيها مجرى الماء او حقاً ثابتاً وبيّن ذلك ولو اقر المدعى عليه وقال للمدعي كنت تُجري الماء فيها وانت غاصب وليس لك فيها مجرى الماء وصل ذلك ام فصل يصير مقراً له باليد ولا تقبل منه دعوى الغصب الا ببينة اه . وفي الهندية اذا كان لرجل باب في دار رجل فاراد ان يمر في داره من ذلك الباب فمنعه صاحب الدار فصاحب الباب هو المدعي للطريق في دار الغير فعليه اثباته بالبينة ورب الدار منكر فالقول قوله مع يمينه و بفتح الباب لا يستحق شيئاً فان اقام البينة انه كان

يمر في داره من هذا الباب لم يستحق المدعي شيئاً الا ان يشهدوا ان له طريقاً تاماً فحينئذٍ تقبل وان لم يحدوا الطريق ولم يسموا اذرع العرض والطول على الاصح ويجعل عرض الباب حكماً فيكون عرض الطريق له بذلك القدر وطوله الى باب الدار اه . وفي الانقروي شهدوا انه ملكه ولم يقولوا في يد المدعى عليه بغير حق يفتى بالقبول في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم . كذا في البزازية اه

✻ المادة ١٦٩٠ ✻ يجب ان يشير الشاهد عند الشهادة الى كل من المشهود له والمشهود عليه والمشهود به اذا كانوا حاضرين فان فعل ذلك كفى ولا يلزمه ان يذكر اسم ابي المشهود له والمشهود عليه ولا جدهما

حتى لو قال انه لا يعرف اسم ابيهما وجدهما فذلك لا يضر بالشهادة (علي افندي) ثم اعلم ان الاشارة الى الخصمين اذا كانا حاضرين لا بد منها ولو نسبهما الشاهد الى ابيهما وجدهما كما في التنوير وغيره ولا بد ايضاً من ان تكون الاشارة باليد فلو بالرأس فلا تكفي الا ان يعلم انه اشير الى العين المدعى بها (خانية)

اما في الشهادة المتعلقة بالموكل الغائب او بالميت فيلزم الشاهد ذكر ابيهما وجدهما ولكن اذا كان كل منهما مشهوراً ومعروفاً فحسب الشاهد ان يذكر اسمه وشهرته لان المقصد الاصلي تعريفه بوجه يميزه عن غيره

حتى لو كان يعرف بصنعة ولم يكن في المصر من يشاركه فيها فيكفي ذكر صناعته كما في التنوير ولو عرف باسمه فقط او بلقبه كفى (در مختار) وكذا لو عرف بصفته كما لو شهد ان المرأة التي قتلت في سوق كذا يوم كذا وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها واسم ابيها حيث كانت معروفة لم يشاركها في ذلك غيرها (حامدية) وفي الاشباه وتكفي النسبة الى الزوج لان المقصود الاعلام اه

ثم انه لم يذكر في هذه المادة حكم ما اذا كان المشهود به غائباً . قال في الهندية ادعى انه رهن عنده ثوباً او غصبه منه فشهد الشهود بذلك وقالوا بانا لا نعرف الثوب قبلت شهادتهم وبيان الثوب الى الغاصب والمرتهن اه . قلت وهذا موافق لما مر في المادة ١٦٢١ فراجعها . وفيها اذا ادعى على اخر انه استهلك له دواباً عدداً معلوماً

واقام البينة على ذلك ينبغي ان يبين الشهود الذكر والانثى وان لم يبينوا ذلك قال الفقيه ابو بكر اخاف ان تبطل الشهادة ولا يقضى للمدعي بشيء وان بينوا الذكور والاناث جازت شهادتهم ولا يحتاج الى ذكر اللون . وهذا القائل يقول مع ذكر الانوثة والذكورة لا بد من ذكر النوع بان يقول فرس او حمار او نحوه ولا يكتفى بذكر اسم الدابة . ومن المشايخ من ابى ذكر الذكورة والانوثة والاول اصح اه . وفي الاشباه دعوى الفعل من غير بيان الفاعل لا تسمع الا في اربع مسائل : الاولى الشهادة بانه اشتراه من وصيه في صغره فهي صحيحة وان لم يسموه . الثانية الشهادة بان وكيله باعه من غير بيان . الثالثة نسبة فعل متولي الوقف من غير بيان من نصبه على التعيين . الرابعة نسبة فعل الى وصي اليتيم كذلك ولا يمكن رجوع الاخيرتين الى الاولى اه

﴿ المادة ١٦٩١ ﴾ يلزم في الشهادة بالعقار بيان حدوده

الاربعة او الثلاثة . قال في الانقروي عن البزازية وعند الامام ومحمد يكتفي بذكر ثلاثة حدود ويجعل الرابع بازاء المذكورين ولو ذكر الحدود الاربعة لكن بقي احد الحدود مجهولاً لا يضر وهو وتركه سواء ولو غلط في الرابع فالاصح الذي عليه الفتوى انها لا تقبل ولكن الغلط لا يثبت الا باقرار المدعي ان الشاهد غلط اما لو ادعاه المدعى عليه لا يقبل لانه لا يمكن اثبات كون صاحب الحد محمداً او احمد لعدم الخصم . ولو غلطوا في حد او حدين ثم تداركوا في المجلس او غيره تقبل عند امكان التوفيق اه . ومعنى امكان التوفيق ان يقول كان صاحب الحد فلاناً الا انه باع داره من فلان آخر وما علمنا به او يقول كان صاحب الحد بهذا الاسم الا انه سمي بعد ذلك بهذا الاسم الاخر وما علمنا به (جامع الفصولين) . وفيه ادعى داراً انها ملكي فبرهن ذو اليد ان المدعي اقر ان هذا المحدود ملكي لكن الشهود لم يحدوها تقبل شهادتهم على الدفع اذ انهم لم يشهدوا بالملك وانما شهدوا بالاقرار به وبهذا يحصل الدفع وجهالتهم بالحد لا تمنع قبول شهادتهم باقراره اه . وفي الانقروي عن القاعدية ادعى انه هدم حائطه فشهدا به . ذكر الفضلي انه اذا ذكروا حدود الحائط او بينوا طوله وعرضه قبلت والا فلا ، وذكر القيمة ليس بشرط اه . وفي الخانية ادعى في دار رجل طريقاً واقام البينة فشهدت الشهود ان له طريقاً في هذه الدار جازت شهادتهم وان

لم يحدوا الطريق ولم يذكروا موضع الطريق ومقدارها هو الصحيح لان الجهالة انما تمنع قبول الشهادة اذا تعذر القضا بها وهنا لا يتعذر فان عرض الباب الاعظم يجعل حكماً بمعرفة الطريق اه٠ وفي الدر المختار شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل كأن شهدا بالدار بلا ذكر انها في يد الخصم فشهد به اخران او شهدا بالملك في المحدود واخران بالحدود او شهدا على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد اخران انه المسمى به تقبل اه ومثله في الانقروي عن القنية ٠ وفي جامع الفصولين ادعى ضيعة وذكر حدودها وشهدا ان الضيعة التي حدودها كذا ملك المدعي لكن لا ندري باي موضع هي تسمع هذه الشهادة ويؤمر المدعي باقامة البينة على ان الضيعة التي شهدا بها في موضع كذا فلو برهن يقضى له بها اه ٠ وفي الانقروي عن القاعدية شهدا على شراء الدار و بينا موضعها وحدودها فقيل لهما لو ذهبتما الى ذلك الموضع هل تعرفانها بعينها فقالا لا هل تقبل شهادتهما ؟ قال نعم لوقوع الاعلام بالبيان ولكن لو قال المدعى عليه الدار التي في يدي ليست تلك الدار التي شهدا بها احتيج الى شاهدين اخرين يشهدان ان هذه الدار هي التي شهدا بها لتتعين اه٠ وفي الهندية الشهود اذا لم يعرفوا الحدود وسألوا الثقات وفسروا عند الحاكم تقبل واذا ذكر في الدعوى والشهادة احد حدود الارض المدعاة لزيق ارض فلان ولفلان في القرية التي فيها الارض المدعاة اراض كثيرة متفرقة صحت الدعوى والشهادة وان كان فيه نوع جهالة الا انها تحملت للضرورة اه ٠ وفيها شهد الشهود على رجل بمحدود و بينوا الحدود وذكروها وقالوا نعرفها على الحقيقة والمشهود به في بعض القرى فالتمس المدعى عليه من القاضي ان يامر الشهود بالخروج الى تلك القرية حتى يعينوا المحدود و يبينوا الحدود فالقاضي لا يلزم الشهود ذلك على الصحيح

ولكن اذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وتعهد بالاشارة اليه وتعيينه في محله فانه يرسل الى محله ليشير اليه

بحضور المتداعيين فان فعل واشار الى الحدود وكانت الحدود التي اشار اليها واسماء اصحابها موافقة تلك الحدود التي ذكرها المدعي قبلت شهادته ولو كان لا يعرف اسماء اصحاب الحدود (حيدر افندي عن النتيجة)٠ قال في الهندية اذا شهد الشهود لرجل بدار وقالوا نعرف الدار ونقف على حدودها اذا مشينا اليها لكنا لا نعرف اسماء

اصحاب الحدود فان القاضي يقبل ذلك منهم اذا عدلوا و يبعثهم مع المدعي والمدعى عليه وامينَين له ليقف الشهود عَلَى الحدود بحضرة اميني القاضي فاذا وقفوا عليها وقالوا هذه حدود الدار التي شهدنا بها لهذا المدعي يرجعون الى القاضي فيشهد الامينان انهم وقفوا على الدار وشهدوا باسماء اصحاب الحدود فحينئذٍ يقضي القاضي بالدار التي شهدوا بها بشهادتهم وكذا هذا في القرى والحوانيت وجميع الضياعات اهـ. ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٢ شباط ٣٠٧ مؤداه اذا قررت المحكمة سماع الشهود في المحل المنازع فيه فيلزمها ان تبين ما هي الاسباب الموجبة لذلك وان تصرح في الاعلام عما اذا كان نائب الكشف ماذوناً بالحكم او لا والا فالحكم ينقض(ج ٠م٠ عد ٧٠٤) واذا شهدوا بملكية ارض وبينوا حدودها وقالوا هي بمقدار خمسة مكاييل والمدعي يدعي ذلك واصابوا في بيان الحدود واخطاوا في بيان المقدار فظهر انها تسع قدر ثلاثة مكاييل بذر حكي عن شمس الاسلام ابي حسن السغدي انه قال لا تبطل الدعوى والشهادة لان ذكر المقدار لا يحتاج اليه بعد ذكر الحدود وذكر ما لا يحتاج اليه وعدمه سواء وقيل ان شهدوا بحضرة الارض واشاروا اليها واخطاؤا في مقدار ما يبذر تقبل و يلغو الوصف وان شهدوا بغيبة الارض لا لان الشهادة بملك موصوف وقيل لا تقبل هذه الشهادة مطلقاً وهو الاظهر والاشبه لانهما مخطئون او كاذبون في الشهادة وعدم كونه محتاجاً اليه لا يدفع الخلل الا يرى ان الشاهد بالملك المطلق ان اطلق بناء عَلَى اليد والتصرف يسوغ له ذلك وان بيَّن ان شهادته على الروية لا تقبل وان كان ذكر المطلق غير محتاج اليه (هندية وانقروي عن البزازية)قلت وما تقدم في المادة ١٦٢٤ من المجلة من انه اذا اصاب المدعي في بيان الحدود واخطا في بيان مقدار ذراع العقار او دونه لا يمنع صحة دعواه يوئيد ما قاله السغدي من قبول الشهادة لانه اذا عذر خطأ المدعي فخطأ الشاهد اولى بالعذر الا ان يفرق بين الدعوى والشهادة، تأمل. وفي الهندية عن المحيط شهد شاهدان ان لهذا في هذه الدار الف ذراع فاذا الدار خمسمائة ذراع او شهدا ان له في هذا القراح عشرة اجربة فاذا القراح خمسة اجربة فالشهادة باطلة ولو كان اقر بذلك اخذ المقر له كلها ولو شهدا ان داره في دار هذا هذه ولم يحدا من اي موضع الى اي موضع هي فالشهادة باطلة اهـ

✻ المادة ١٦٩٢ ✻ اذا ادعى المدعي بالاستناد الى الحدود التي هي

في السند على الوجه الذي ذكر في المادة ١٦٢٣ وشهد الشهود بان العقار المدونة حدوده في هذا السند ملكه تصح شهادتهم

وكذا لو شهدوا ان المال الذي كتب في هذا الصك عليه تقبل والمعنى فيه انه اشار الى معلوم ولو شهدا بالملك المتنازع فيه والخصمان تصادقا على ان المشهود به هو المتنازع فيه ينبغي ان تقبل الشهادة في اصل الدار وان لم تذكر الحدود لعدم الجهالة المفضية الى النزاع في اصل الدار (جامع الفصولين) . وفي البزازية كتب شهادتهُ فقراها بعضهم فقال الشاهد اشهد ان لهذا المدعي عَلَى المدعى عليه كل ما سمي ووصف في هذا الكتاب او قال هذا المدعى الذي وصف وقرىء في هذا الكتاب في يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه الى هذا المدعى يقبل لان الحاجة تدعو اليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان اه

تتمة : قال في الخانية ثلاثة شهدوا في حادثة ثم قال احدهم قبل القضا استغفر الله قد كذبت في شهادتي فسمع القاضي ذلك ولم يعلم ايهم قال ذلك فسالهم القاضي بعد ذلك فقالوا كلنا على شهادتنا قالوا لا يقضي القاضي بشهادتهم ويقيمهم من عنده حتى ينظر في ذلك فان جاء المدعي باثنين منهم في اليوم الثاني يشهدان بذلك جازت شهادتهم اه . وفي الهندية اذا شهدا في حادثة قبل الدعوى ثم اعادها بعد الدعوى قبلت ومن شهد ولم يبرح ثم قال اوهمت بعض شهادتي يعني تركت ما يجب عليَّ ذكره او اتيت بما لا يجوز لي ان كان غير عدل ترد شهادته مطلقاً قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان عدلاً قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة او ان يترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضا او غيره اما في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس تقبل اذا قال في المجلس و يقضى بجميع ما شهد به اولاً عند بعض المشايخ و بما بقي او زاد عند اخرين واليه مال شمس الائمة السرخسي . واما بعد ان قام عن المجلس فلا تقبل وعَلَى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود فذكر الشرقي مكان الغربي او في بعض النسب كأن ذكر محمد بن احمد بن عمرو بدل محمد بن علي بن عمرو مثلاً فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا

فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس في جميع ذلك والظاهر ما ذكر اولاً اه

﴿ المادة ١٦٩٣ ﴾ اذا ادعى واحد بان لمورثه في ذمة فلان كذا دراهم وشهدت الشهود بان للميت في ذمة المدعى عليه ذلك القدر كفى ولا حاجة الى التصريح بانه صار موروثاً للورثة

ولكن لو شهدوا انه كان للميت على المدعى عليه كذا لا تقبل شهادتهم حتى يقولوا وصار الدين المذكور موروثاً للورثة (خانية)

واذا ادعى عيناً عوضاً عن الدين . يعني لو ادعى بان في يد فلان مالاً معيناً من مال المورث فالحكم عَلَى هذا الوجه ايضاً

اي لو شهد الشهود بان الميت عيناً في يد فلان كفى اما لو شهدا ان هذه العين كانت للميت لا يقضى بشيء حتى يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثاً له او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او في يد من يقوم مقامه من المستعير والمستاجر وغيرهما والاصل فيه ان الجر شرط صحة الدعوى والشهادة لكن اذا ثبت ملكه او في يده عند موته كان جراً لانه اثبت ملكه او ان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتاً للانتقال وكذا اذا ثبتت يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على ما بينا وان كانت يد امانة فكذلك الحكم لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلاً لتركه الحفظ به وهذا عند ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف الجر ليس بشرط لهما ان ملك الوارث يتجدد في حق العين والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً ولابي يوسف ان الوارث يملكه خلافة عن مورثه حتى يرد بالعيب و يرد عليه فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث . ومال سعدي افندي الى قول ابي يوسف ولكن المتون على قولهما و يظهر الخلاف فيما اذا شهدا انه كان ملك الميت بلا زيادة وطولبا بالفرق بين هذا و بين ما اذا شهدا لحي انه كان ملكه تقبل وان لم يشهدا انه ملكه الى الان وكذا لو شهدا لمدعي عين في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة عَلَى ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه قضي

للمشتري به وان لم ينصوا على انها ملكه يوم البيع وهذا اشبه بمسئلتنا فان كلاً من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب انه اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسالة الشرا فان الملك يضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لان الشراء آخرهما وجوداً وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافاً الى الشرا وهو ثابت بالبينة اما ههنا فثبوت الملك للوارث مضاف الى كون المال ملكاً للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سبباً موضوعاً للملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ (تكملة ملخصاً) وقال في الدرر اذا مات رجل فاقام وارثه بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثاً له بالاتفاق لان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والوديع يد المعير والمودع ولكن لو شهدا بيد حي ردت لقيامها بمجهول لتنوع يد الحي اذ يحتمل انها يد ملك او اجارة او غصب فلا يحكم باعادتها بالشك اما لو قال الشاهدان ان المدعى عليه احدث اليد فيه فيقضى للمدعي باليد ويؤمر المدعى عليه بالتسليم اليه لكن لا يصير المدعى عليه بزوال اليد عنه مقضياً عليه حتى لو برهن بعده على انه ملكه تقبل وان اقر المدعى عليه بكون العين في يد المدعي او شهدا ان المدعى عليه اقر بانه كان في يد المدعي او ان المدعى عليه اخذه من المدعي دفع العين الى المدعي اه

ثم اعلم انه لابد في شهادة الارث من خمسة شروط الاول الجر كما قدمنا ، الثاني بيان سبب الوراثة كالاخوة والعمومة، الثالث بيان انه اخوه لابيه وامه او لاحدهما ونحو ذلك. قال في البحر لو ادعى انه عم الميت يشترط لصحة الدعوى ان يفسر فيقول عمه لابيه وامه او لاحدهما واذا اقام البينة لا بد للشهود من نسبة الميت والوارث حتى يلتقيا الى اب واحد وكذا الاخ والجد ولكن لو شهدا انه ابنه ولم يقولوا وارثه الاصح انه يكفي كما لو شهدوا انه ابوه او امه اه. الرابع قول الشاهد لا وارث او لا اعلم له وارثاً غيره ولكن هذا شرط لاسقاط التلوم عن القاضي لا لصحة القضاء. الخامس ان يدرك الشاهد الميت والا فالشهادة باطلة لعدم معاينة السبب وذكر اسم الميت ليس

بشرط حتى لو شهدا انه جده ابو ابيه او امه ووارثه ولم يسميا الميت تقبل اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

فروع : ادعى انه وارث فلان الميت واقام شاهدين فشهدا انه وارث فلان الميت ولا وارث له سواه فان القاضي يسالهما عن السبب ولا يقضي قبل السؤال لاختلاف اسبابها والقضا بالمجهول متعذر فان مات الشاهدان او غابا قبل ان يسالهما لا يقضي بشيء (خانية) . شهد رجلان لرجل انه اخو الميت لابيه وامه ووارثه ولا نعلم له وارثاً غيره فقضي ثم شهدا لاخر انه ابن الميت لا تقبل ويضمنان للابن ما اخذ الاخ ولو شهدا لآخر انه اخوه لابيه وامه ووارثه ولا نعلم له وارثاً غيره وغير الاول تقبل ويدخل الثاني مع الاول بالميراث ولا ضمان على الشاهدين للاول ولا يغرمان للثاني شيئاً . شهد شاهدان ان فلاناً شقيق الميت لا نعلمله وارثاً غيره وقضي ثم شهد شاهدان آخران لاخر انه ابنه ينقض القضا الاول بالوراثة للاول ضرورة فان كان المال قائماً في يده دفع الى الابن وان كان هالكاً فللابن الخيار ان شاء ضمن الاخ وان شاء ضمن الشاهدين فان ضمن الاخ لا يرجع على احد وان ضمن الشاهدين يرجعان على الاخ . شهدوا ان اباه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل وان شهدوا ان اباه مات في هذه الدار او شهدوا ان اباه كان في هذه الدار حتى مات او حتى مات فيها لا تقبل ولو شهدوا ان اباه مات وهو لابس هذا القميص او هذا الخاتم تقبل وكذا لو شهدوا ان اباه مات وهو راكب هذه الدابة او شهدوا ان اباه مات وهو قاعد على هذا الفراش او نائم عليه لا تقبل والاصل في جنس هذه المسائل ان الشهود اذا شهدوا على فعل من المورث في العين عند موته فهذا على وجهين اما ان يشهدوا بفعل هو دليل اليد او بفعل ليس هو دليل اليد فالذي هو دليل اليد في النقليات فعل لا يتصور ثبوته بدون النقل كاللبس والحمل او فعل يحصل عادة للنقل كالركوب في الدواب وفي غير النقليات دليل اليد فعل يوجد من الملاك في الغالب كالسكنى في الدور فهذا النوع من الفعل اذا قامت البينة على وجوده من المورث في العين عند موته يقضى بالمدعى للمدعي والذي ليس بدليل اليد في النقليات فعل يتأتى بدون النقل ولا يحصل في الغالب للنقل كالجلوس على البساط وفي غير النقليات الذي ليس بدليل اليد فعل يوجد من غير الملاك في الغالب كالجلوس والنوم في الدار فهذا النوع من الفعل اذا قامت البينة على وجوده من المورث في العين عند موته لا يقضى بالعين للمدعي .

اخوان لأب في ايديهما دار اقام احدهما بينة ان هذه الدار كانت لامي ماتت وتركتها ميراثاً بين ابي و بيني ارباعاً ثم مات الاب وترك ذلك الربع بيني و بينك واقام الاخر بينة ان هذه الدار كانت لابي مات وتركها ميراثاً بيني و بينك فبينة من يدعي ثلاثة ارباع الدار اولى اه والكل من الهندية

﴿ المادة ١٦٩٤ ﴾ اذا ادعى واحد ديناً عَلَى التركة وشهد الشهود بان للمدعي في ذمة الميت قدر ما ادعى من الدين كفى ولا حاجة الى التصريح بكونه باقياً في ذمته الى مماتهِ

وذلك لان الدين صار متيقناً في ذمة الميت فاذا شك في بقائه او عدمه فاليقين لا يزول بالشك ولان الدين حيث ثبت في ذمة الميت لا يحكم بزواله ما لم يثبت الزوال شرعاً لان ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد الدليل على خلافه راجع المادتين ٤ و ١٠ وشرحهما حتى لو شهدا على الميت بالف وقال احدهما قضى خمسمائة قضي بالالف الا اذا شهد معه آخر بقضا الخمسمائة (در مختار) لان شهادة احدهما لم تبلغ نصاب الشهادة فلا يقضي بها ولا يكون رد شهادته من المدعي تكذيباً له لانه انما كذبه فيما شهد به عليه وذلك لا يمنع كما اذا شهد له بشيء ثم شهد عليه بشيء آخر (رد محتار)

واذا ادعى بعين يعني لو ادعى انه كان له في يد الميت عين فالحال عَلَى هذا المنوال

وفي رد المحتار عن البزازية شهدا عَلَى رجل انه جرحه ولم يزل صاحب فراش حتى مات يحكم به وان لم يشهدوا انه مات من جراحته لانه لا علم لهم به اه

﴿ المادة ١٦٩٥ ﴾ اذا ادعى على آخر ديناً فشهد الشهود بان المدعى به دين للمدعي في ذمة المدعى عليه كفى ، ولكن اذا سألهم الخصم عن بقاء الدين الى وقت الدعوى فقالوا لا ندري ردت شهادتهم

سواء كانت الشهادة على حي او ميت (در مختار) وفي التنوير ادعى الملك في الحال فشهدا ان هذا العين كان ملكه تقبل لان ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل اه. ولكن لو سألهم القاضي هل تعلمون انه ملكه اليوم فقالوا لا نعلم لا تقبل شهادتهم

غير انه لا يحل للقاضي ان يسالهم ذلك بل ينبغي ان يقول هل تعلمون انه خرج عن ملكه فان قالوا لا نعلم لا تبطل شهادتهم (تكملة) . وفي الدر المختار ادعى ملكاً في الماضي فشهدا به للحال لم تقبل في الاصح كما لو شهدا بالماضي ايضاً اهـ . قوله ادعى ملكاً في الماضي بأن قال كان هذا ملكي وشهدا انه له لا تقبل وهو الاصح وكذا لو ادعى انه كان له وشهدا انه كان له لا تقبل (رد محتار) وقوله كما لو شهدا بالماضي ايضاً اي لا تقبل لان اسناد المدعي ملكه للماضي يدل على نفي الملك في الحال اذ لا فائدة للمدعي في الاسناد مع قيام ملكه في الحال بخلاف الشاهدين لو اسندا ملكه الى الماضي لان اسنادهما لا يدل على النفي في الحال لانهما لا يعرفان بقاءه الا بالاستصحاب والشاهد يحترز عما يثبت بالاستصحاب لعدم تيقنه بخلاف المالك لانه كما يعلم ثبوت ملكه يقيناً يعلم بقاءه يقيناً (جامع الفصولين) قلت و بهذا ظهر الفرق بين ما هنا و بين ما قدمناه عن التنوير من انه لو ادعى الملك للحال فشهدوا ان هذا العين كان ملكه الخ وفي الانقروي عن المحيط لو ادعى عيناً في يد انسان انه اشتراه من فلان الغائب و برهن عليه لكنه لم يبرهن انه كان ملك البائع وانكر المشهود عليه انه ملك البائع فعلى المشتري ان يبرهن انه كان ملكاً لبائعه واذا برهن عليه يقضى بكونه للمشتري وان لم يتعرضوا على انه كان ملكاً له يوم باعه اصله ولو ادعى انه ملكه مطلقاً وشهدا انه ورثه من ابيه تقبل اهـ

الفصل الثالث

في شروط الشهادة الاساسية

﴿ المادة ١٦٩٦ ﴾ يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس

لان ثبوت حقوق الناس يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل (درر) بخلاف حقوق الله تعالى فان الشهادة فيها تقبل بلا سبق دعوى لوجوب اقامتها على كل واحد فلكل واحد خصم فكأن الدعوى موجودة (در مختار) وفيه اشارة الى ان ما لا يشترط فيه الدعوى لا تضر فيه مخالفتها للشهادة لان الشهادة حيث قبلت بلا دعوى فوجود المخالفة كلا وجود . قال في جامع الفتاوى ادعت على زوجها انه وكل وكيلاً بالطلاق فالمقني فشهد الشهود انه طلقها بنفسه يقع الطلاق اهـ . وقال في البحر ان

اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة انما هو فيما اذا كانت الدعوى شرطاً فيه وتبعه في تنوير البصائر وهو ظاهر لان تقدم الدعوى اذا لم يكن شرطاً كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق (تكملة ملخصاً) وفي الاشباه تقبل الشهادة حسبةً بلا دعوى في الوقف وطلاق الزوجة والنسب وحرمة المصاهرة اه

﴿ المادة ١٦٩٧ ﴾ لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف المحسوس ·

مثلاً اذا اقيمت البينة على موت رجل وحياته مشاهدة او على خراب دار وعمارها مشاهد فلا تقبل ولا تعتبر

وكذا اذا اقيمت البينة بان هذا المرعى مخصص منذ القديم لمنافع القرية الفلانية وكانت هذه القرية حديثة العهد و بذلك قرار لمحكمة التمييز مؤرخ في ٢٨ ايلول سنة ٣٠٩ ·(ج ·م · عد ٨٢٨)

وفي الخيرية ومن الشهادة التي يكذبها الحس لو كانت البينة الشاهدة بمسوغات الاستبدال يكذبها الحس كما لو شهدوا مثلاً بان الدار سائغة الاستبدال لانهدامها وحكم القاضي بشهادتهم و بيعت كما ذكر ثم شهدت اخرى لدى حاكم بانها عامرة حين الاستبدال الى هذا الزمان وكان الحس يقضي بان عمارتها اوان الاستبدال هي العمارة القايمة في هذا الزمان فالقضا بشهادة شهود الاستبدال حينئذٍ باطل اذ هو مبني على بينة يكذبها الحس فهو بمنزلة من جاء حياً بعد الحكم بموته اما اذا لم تكن كذلك فلا اه·

وكما لا تقبل البينة على خلاف المحسوس لا تقبل البينة على اليد المنقضية اما الاقرار باليد المنقضية فصحيح (انقروي عن القاعدية) مثاله اذا كانت دار في يد رجل فادعى اخر انها له واقام بينة انها كانت في يده لا تقبل لان هذه شهادة قامت على مجهول وهي اليد فانها الان منقطعة و يحتمل انها كانت يد ملك او وديعة او اجارة او غصب فلا يحكم باعادتها بالشك (درر) ولو اقر المدعى عليه بذلك صح اقراره وتدفع الدار الى المدعي ولو شهدا انها كانت له تقبل (خانية) لان الشهادة بالملك المنقضي مقبولة ولو شهدا بان المدعى عليه اخذها من يد المدعي تقبل وترد الدار الى المدعي وهذا كله اذا كان المشهود له حياً اما لو كان ميتاً فشهدوا انها كانت في يد فلان مات تقبل بالاتفاق (تكملة) راجع شرح المادة ١٦٩٣ · وفي الانقروي عن القاعدية ادعى ممراً في ارض رجل واقام بينة انه كان يمر فيه قبل هذا زماناً طويلاً

لا يقضى له لان هذه شهادة على اليد المنقضية وهي لا تقبل عند ابي حنيفة ومحمد ولكن لو اقر صاحب اليد بان المدعي كان يمر فيه ولكن بغير حق او اقام المدعي بينة على اقرار ذي اليد بذلك تقبل لان الاقرار باليد المنقضية صحيح ولو تنازع رجلان في شجرة كل واحد يقول هي لي وفي يدي فشهد لاحدهما شاهدان انا رأيناه تصرف في هذه الشجرة لا يكون هذا شهادة على اليد الحالية فانها شهادة على يد منقضية اه

* المادة ١٦٩٨ * لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف المتواتر

لان التواتر يفيد علم اليقين كما سيأتي في المادة ١٧٣٣ فقبول البينة على خلافه تكذيب للثابت بالضرورة والضرورات مما لا يدخله الشك عندنا كما في المحيط البرهاني وسياتي تمام الكلام على التواتر في المادة الاتية والمواد ١٧٣٢ و١٧٣٣ و ١٧٣٤ و١٧٣٥

* المادة ١٦٩٩ * انما شرعت البينة لاظهار الحق . بناء عليه لا تقبل الشهادة بالنفي الصرف كقولك فلان ما فعل هذا الامر والشيء الفلاني ليس لفلان وفلان ليس بمديون لفلان

ولا فرق بين ان يحيط به علم الشاهد او لا في عدم القبول (اشباه) ولا فرق ايضاً فيما اذا كان النفي صورة او معنى كما سيأتي في شرح المادة ١٧٣٣ وفي الاشباه شهادة النفي غير مقبولة الا في مواضع منها اذا شهدا بنتاج الدابة عنده ولم تزل عن ملكه ومنها اذا شهدوا ان الاجل لم يذكر في عقد السلم ومنها في الارث اذا شهدوا لا وارث له غيره ومنها اذا شهدوا ان الظئر ارضعت الصغير بلبن شاة لا بلبن نفسها اه

ولكن بينة النفي المتواتر مقبولة . مثلاً لو ادعى واحد باني اقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل الفلاني كذا وكذا من الدراهم واثبت المدعى عليه بالتواتر انه لم يكن في الوقت المذكور في ذلك المحل بل كان في محل آخر تقبل بينة التواتر ولا تسمع دعوى المدعي

لان الشهرة في النفي حجة كما في الاثبات واذا كان امراً مشهوراً فالقاضي عالم بكذب الشهود واذا لم يجز له القضا بشهادتهم عند تمكن تهمة الكذب فعند العلم بكذبهم اولى (علي افندي عن المبسوط)

﴿المادة ١٧٠٠﴾ يشترط ان لا يكون في الشهادة دفع مغرم او جر مغنم . يعني ان لا تكون داعية لدفع المضرة او جلب المنفعة

فعلى هذا لو ادعى حاصلات قرية عَلَى اخر لا تقبل شهادة بعض اهالي هذه القرية اذا كانت الحاصلات عائدة الى جميعهم اذ في هذه الشهادة جر مغنم وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١١ ايلول سنة ٣١١ (ج ٠ م٠ عد ٨٦١) وكذا لو شهد بعض اهالي القرية عَلَى بعض منهم بزيادة الخراج الذي لم يكن معيناً لا تقبل لانهُ بشهادتهِ هذه يدفع عن نفسه مغرماً فلا تقبل ما لم يكن خراج كل ارض معيناً او لا خراج على الشاهد لان الشاهد حينئذٍ لا يجر بشهادته مغنماً لنفسهِ ولا يدفع بها مغرماً وكذا اهل قرية شهدوا على ضيعة انها من قريتهم يعود نفعها لجميعهم لا تقبل شهادتهم اما اذا كانت لجماعة معينين فلا مانع من القبول وكذا اهل سكة يشهدون بشيء من مصالحها بان شهدوا على قطعة ارض انها من سكتهم لا تقبل شهادتهم لو السكة غير نافذة اما لو كانت نافذة فان طلب حقاً لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيئاً تقبل. صورته ادعى اهل السكة قطعة ارض انها من السكة وشهد بعضهم ان كان الشاهد لا غرض له الا اثبات نفع عام لا جر مغنم له تقبل وان اراد ان يفتح باباً فيها لا تقبل اه ملخصاً عن الدر المختار وحاشيته للطحطاوي . وفي فتاوى ابي السعود لو شهدوا بارض انها مرعى لقرية كذا وهم من اهاليها وسكان القرية قوم غير محصور وليس للشهود حيوان تقبل شهادتهم اه . وفي الانقروي عن البزازية وقف وقفاً على مكتب وعلى معلمه فيه فغصب رجل هذا الوقف فشهد بعض اهل القرية ان هذا وقف فلان بن فلان على هذا المكتب ومعلمه وليس للشهود اولاد في المكتب تقبل ولو لهم فيه اولاد تقبل ايضاً على الاصح وكذا لو شهد بعض اهل المحلة للمسجد بشيء انه وقف للمسجد وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من اهل تلك المدرسة وكذا لو شهدوا على وقف المسجد الجامع وكذا ابناء السبيل اذا شهدوا انه وقف لابناء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك لا

تقبل والا تقبل وقال في صغرى صدر الاسلام تقبل الشهادة في هذه المسائل على كل حال لان كون الفقيه في المدرسة والرجل في المحلة والصبي في المكاتب غير لازم بل ينتقل ولو شهدوا انه اوصى لفقراء جيرانه وللشهود اولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل في حق اولادهم وتقبل في حق الباقين وفي الوقف على فقراء جيرانه على هذا ولو شهدوا انه اوصى بثلث ماله للفقراء واهل بيتهم فقراء لا تقبل اهـ. وفي الفصولين لو شهد بوقف على نفسه او عَلَى احد من اولاده وان سفلوا او على آبائه وان علوا لا تقبل وكذا لو شهد بوقف على نفسه وعَلَى اجنبي لا تقبل لا في حقه ولا في حق الاجنبي ولو شهد احدهما انه وقفه على زيد والآخر انه وقفه على عمرو تقبل وتصرف غلته الى الفقراء لانهما اتفقا انه وقف اهـ

وفي الخانية رجل مات واوصى الى رجلين فجاء رجل وادعى ديناً عَلَى الميت فقضى الوصيان دينه بغير حجة ثم شهدا له بالدين لا تقبل شهادتهما ويضمنان ما دفعا ولو شهدا اولاً ثم امرهما القاضي بقضاء الدين وقضيا لا يلزمهما الضمان وكذا لو شهد الوارثان على الميت بدين جازت شهادتهما قبل الدفع ولا تقبل بعد الدفع اهـ. وفيها تجوز شهادة رب الدين لمديونه الحي بما هو من جنس دينه ولو شهد لمديونه بعد موته لم تقبل شهادته لان الدين لا يتعلق بمال المديون في حياته ويتعلق به بعد وفاته اهـ. وفي الانقروي عن التتار خانية ولو ادعى على ميت ديناً وقضي له بذلك وقد ترك وفاء ثم ان المقضي له شهد للورثة بدين للميت على رجل لا تقبل لانه ينتفع به اهـ. وفيه عن البزازية شهد المرتهنان للمدعي قبلت وبعد هلاك الرهن لا ويضمن قيمته للمدعي لاقراره بالغصب ولو شهدا على اقرار المدعي بكون المرهون ملك الراهن لا تقبل قائماً كان او هالكاً الا اذ شهدا بعد رد الرهن على الراهن واذا انكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لا تقبل وضمنه قيمته للمدعي لما ذكرنا ولو شهد الغاصبان بالملك للمدعي لا تقبل الا بعد الرد على المغصوب منه وبعد الهلاك في يدهما لا تقبل اهـ. والوكيل بشراء شيء بعينه ادعى شراءه لنفسه فشهد البائع انه اقر حال الشراء انه يشتريه للموكل لا تقبل لان المبيع اذا سلم للموكل لا يملك الوكيل الرد بالعيب فكان البائع متهماً والوكيل بقبض الدين تجوز شهادته بالدين اهـ

وفي الهندية اذا كان لرجل على ثلاثة نفر الف درهم شهد اثنان منهم ان صاحب الدين ابرأهما وفلاناً عن الالف الذي كان له عليه وعليهما فان كان البعض كفيلاً

عن البعض لا تقبل شهادتهما اصلاً وان لم يكن البعض كفيلاً عن البعض فان شهدا انه ابرأهما وفلاناً بكلمة واحدة فلا تقبل شهادتهما اصلاً ، وان شهدا انه ابرأهما على حدة وفلاناً على حدة تقبل شهادتهما في حق فلان . ثلاثة نفر لهم على رجل الف فشهد اثنان منهم على الثالث انه ابرأ المدبون عن حصته لا تقبل شهادتهما وكذا لو قبضا شيئاً من المديون ثم شهدا انه ابراه عن حصته . اشتريا ثوباً من رجل ونقدا الثمن او لم ينقداه فجاء رجل وادعى ان الثوب له فشهد المشتريان له بالثوب او شهدا عَلَى اقرار البائع ان الثوب له لم تجز شهادتهما . باع عبداً وسلمه الى المشتري ثم ادعى رجل انه اشتراه مِنَ المشتري فانكر المشتري ذلك فشهد البائع للمدعي بما ادعى من الشراء لا تقبل شهادته لان فيها تبعيد العهدة عن نفسه . ادعى المشتري بانه باعه من فلان وفلان يجحد فشهد له البائع لم تقبل والبائع اذا شهد لغيره بما باع لا تقبل شهادته وكذا المشتري . لا تجوز شهادة شفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة وان سلماها جازت شهادتهما للمشتري ، وان جحد المشتري الشرا وادعى البائع لم تجز شهادتهما ايضاً ان طلبا الشفعة غير انهما ياخذانها باقرار البائع وشهادة ولد الشفيع ووالده بمنزلة شهادته في ذلك وان شهد ولدا الشفيع بالتسليم جازت شهادتهما واذا شهد للبائع اولاده ان الشفيع قد طلب الشفعة من المشتري والمشتري ينكر والدار في يد المشتري لا تقبل شهادتهم . اذا كان للدار شفيعان فشهد شاهدان ان احدهما سلم الشفعة ولا يعلمان ايهما هو فشهادتهما باطلة وان كان الشفعا ثلاثة فشهد اثنان منهم عَلَى احدهم انه قد سلم الشفعة وقالا سلمنا معه جازت شهادتهما وان قالا نحن نطلبها فشهادتهما باطلة وكذا لو قالا سلمنا معه ولابن احدهما اولابيه او لزوجته شفعة فشهادتهما باطلة . اقر الوارث لرجل بدين على الميت وقضي به ثم شهد مع رجل آخر بالدين عَلَى الميت لرجل اخر ولم تفِ التركة بهما لا تقبل حتى لو كان القضا للاول بشهادة شاهدين تقبل الشهادة بالدين الثاني ولهذا يتحاصان وان كانت الشهادة للثاني قبل القضا للاول تقبل في الوجوه كلها الااذا اقر الوارث بالثلث او بالعبد او بالدين للاول وسلم الى الاول ما اقر به ثم شهد به للثاني لا تقبل وكذا لا تقبل شهادته للثاني ان وجد التسليم للاول من القاضي . لو شهد الوارث مع اجنبي بالثلث وصية لرجل ثم شهدا بالثلث وصية لرجل آخر قبل القاضي شهادتهما سواء شهدا للثاني قبل قضا القاضي للاول او بعده . رجلان شهدا ان الميت اوصى بثلث

ماله لهذا الرجل ثم شهد وارثان ان الميت رجع عن تلك الوصية واوصى بالثلث لوارثه فلان وان الشاهدين وجميع الورثة اجازوا ذلك بعد الموت فشهادة الوارثين جائزة والثلث لذلك في قول ابي يوسف الاول وعلى قوله الاخر وهو قول محمد شهادة الوارثين على الرجوع باطلة ٠ رجل مات وترك مالاً واخاً وادعى رجل انه ابنه واقام بينة فشهدوا انه ابنه لا يعلمون له وارثاً غيره وقضي له بالمال فاقر الابن ان اباه اوصى للشاهدين بثلث ماله او اقر لهما بدين لا تبطل شهادتهما لانه اقر لهما بعد القضا ولو اقر لهما بذلك بعد ماشهدا قبل ان يقضي القاضي فشهادتهما باطلة ٠ رجلان في ايديهما رهن لرجلين فجاء رجل وادعى الرهن فشهد له المرتهنان جازت شهادتهما لانهما يشهدان على انفسهما بابطال اليد ولو شهد الراهنان لغيرهما بالرهن والمرتهن ينكر لا تقبل شهادة الراهنين لانهما يبطلان عليه يداً اثبتاها بالرهن الا ان الراهنين يضمنان قيمة الرهن للمدعي ولو كان الرهن جارية فهلكت عند المرتهنين وقيمتها مثل الدين او اقل او اكثر فشهد بها المرتهنان للمدعي لا تقبل شهادتهما على الراهنين و يضمنان قيمة الرهن للمدعي لانهما اقرا على انفسهما انهما كانا غاصبين ولو شهدا على اقرار المدعي بكون المرهون ملك الراهن لا تقبل قائماً كان او هالكاً الا اذا شهد بعد ما رد الرهن على الراهن رجل مات وله على رجلين الف درهم فشهد الغريمان لرجل انه ابن الميت لا وارث له سواه وشهد آخران لاخر انه اخو الميت ووارثه ولا وارث له غيره فانه يقضى بشهادة الغريمين فان كان شهود الاخ قد شهدوا اولاً وقضى القاضي للاخ ثم شهد الغريمان لرجل اخر انه ابن الميت لا تقبل شهادتهما وكذا لو قضيا الدين للاخ بامر القاضي او بغير امره ثم شهدا للابن لا تقبل شهادتهما ، كذا في فتاوى قاضيخان ، ولو كان مكان الدين عبد غصب في ايديهما من الميت ولم يدفعا العبد الى الاخ حتى شهدا انه للابن لا تقبل وان دفعاه الى الاخ بقضا ثم شهدا للابن جازت شهادتهما ولو كان العبد وديعة في ايديهما للميت جازت شهادتهما للابن دفعا العبد الى الاخ او لم يدفعا ولو مات عن اخ لاب وام وترك ديناً على رجل فابرأ الاخ غريمه او وهبه ما عليه او وهبه عيناً من تركته ثم شهد المديون مع آخر لاخر انه ابن الميت تقبل لانه لا نفع له فيه بل فيه ضرر بعود الدين او رد الهبة بخلاف الهبة بعوض لانه متهم للرجوع في العوض ٠ رجل له شهادة على كتاب وصية ميت وله فيه وصية قال الفقيه ابو بكر البلخي ينبغي ان يقول اشهد على جميع مافي هذا الكتاب الا هذا ويضع يده

على ما اوصي له . ثلاثة نفر قتلوا رجلاً عمداً ثم شهدوا ان الولي قد عفا عنا لا تجوز ولو شهد اثنان منهم انه عفا عنا وعن هذا تقبل شهادتهم عن هذا الواحد وهو قول ابي يوسف . رجل ادعى داراً في يد رجل فشهد شاهدان بها وان المدعي استاجرهما على بنائها وغير ذلك مما لا يجب عليهما الضمان في ذلك جازت شهادتهما وان قالا استاجرنا على هدمها فهدمناها لا تقبل شهادتهما بالملك للمدعي و يضمنان قيمة البنا للمدعى عليه . رجل لا يحسن الدعوى والخصومة فامر القاضي رجلين فعلماه الدعوى والخصومة ثم شهدا له على تلك الدعوى جازت شهادتهما ان كانا عادلين ولا بأس بذلك عَلَى القاضي بل هو جائز فيما لا يقدر على الخصومة ولا يحسن الدعوى . لو كان الشاهد شيخاً لا يقدر على المشي ولا يمكنه الحضور لاداء الشهادة الا راكباً وليس عنده دابة ولا ما يستكري به دابة فبعث المشهود له اليه دابة فركبها لاداء الشهادة لا تبطل شهادته وان لم يكن كذلك وهو يقدر على المشي اوكان يجد دابة فبعث المشهود له دابة فركبها لا تقبل شهادته في قول ابي يوسف . وان اكل الشاهد طعاماً للمشهود له لا ترد شهادته . وقال الفقيه ابو الليث الجواب في الركوب ما قال، اما في الطعام ان لم يكن المشهود له هيأ طعاماً للشاهد بل كان عنده طعام فقدمه اليهم واكلوه لا ترد شهادتهم وان كان هيأ لهم طعاماً فاكلوه لا تقبل هذا اذا فعل ذلك لاداء الشهادة فان لم يكن كذلك لكنه جمع الناس للاستشهاد وهيأ لهم طعاماً او بعث اليهم دواب واخرجهم من المصر فركبوا واكلوا طعامه اختلفوا فيه قال ابو يوسف في الركوب لا تقبل شهادتهم بعد ذلك وتقبل في اكل الطعام والفتوى عَلَى قوله لان العادة جرت بذلك فيما بين الناس اه ما في الهندية

وفي الدر المختار ليس للشاهد اخذ الاجرة حتى لو اركبه المشهود له بلا عذر لم تقبل ولو بعذر تقبل لحديث اكرموا الشهود . وجوز ابو يوسف الاكل مطلقاً و به يفتى اه . والمراد بالاطلاق هنا سواء كان الطعام مهيئاً قبل مجيئهم او صنعه لهم (طحطاوي) وفي الخانية رجل معه شاة مر عليه رجل فقال له الذي في يده الشاة اذبحها فذبحها ثم جاء رجل وادعى ان صاحب اليد اغتصب الشاة منه واقام البينة عَلَى ذلك شاهدين احدهما الذابح قال في الاصل لا تقبل شهادة الذابح لانه اقر على نفسه بالضمان للمشهود له وقال عيسى بن ابان ينبغي ان تجوز هذه الشهادة . رجل ادعى على رجل حقاً فشهد للمدعي ابنا القاضي قال محمد تقبل شهادتهما . رجل عليه دين لرجل فشهد المديون مع

اخر ان الطالب اقر ان الدين لفلان ان شهد المديون بذلك قبل اداء الدين لم تقبل شهادته وان شهد بعده جازت شهادته . قتيل وجد في محلة فادعى ولي القتيل عَلَى رجل بعينه من اهل المحلة لا تبطل القسامة والدية من اهل المحلة ثم لو اقام ولي القتيل شاهدين من غير اهل المحلة على ذلك الرجل فقد اثبت القتل عليه بالحلة فيقضى بموجبه وان اقام ولي القتيل عَلَى ذلك شاهدين من اهل المحلة لا تقبل شهادتهما اه

بناءً عليه لاتقبل شهادة الاصل للفرع والفرع للاصل . يعني لاتقبل شهادة الاباء والاجداد والامهات والجدات لاولادهم واحفادهم ولاشهادة الاولاد والاحفاد للاباء والاجداد والامهات والجدات

هذا ظاهر في انه لاتقبل شهادة الفرع لاصله وان علا وشهادة الاصل لفرعه وان سفل كما في الدر المختار وغيره ولا فرق فيما اذا كان الجد صحيحاً او فاسداً (تكملة) . وفي الاشباه لا تقبل شهادة الاصل لفرعه الا اذا شهد الجد لابن ابنه على ابيه اه، ومثله في الخانية . قال بعضهم لعل وجه الجواز ان اقدامه على الشهادة على ولده وهو اعز عليه من ابنه دليل عَلَى صدقه فتنتفي التهمة التي ردت لاجلها الشهادة (تكملة) . وفيها عن الشلبي شهادة الام لبنتها على بنت اخرى لها لا تقبل للتهمة وشهادة الاب على ولده لبنته غير صحيحة اه . وفيها عن الخزانة شهد ابناه ان الطالب ابرأ اباهما او احتال بدينه عَلَى فلان لم تجز اذا كان الطالب منكراً وان كان المال عَلَى غير ابيهما فشهدا ان الطالب احال به اباهما والطالب ينكر والمطلوب يدعي البراءة والحوالة جازت اه

وفيها عن المحيط البرهاني وان شهد ابناء الوكيل على عقد الوكيل فهو عَلَى ثلاثة اوجه : الاول ان يقر الوكيل والموكل بالامر والعقد وهو عَلَى وجهين فان ادعاه الخصم قضى القاضي بالتصادق لا بالشهادة وان انكر فعلى قولها لا تقبل ولا يقضى بشيء وعند محمد يقضى بالعقد الا بعقد ترجع حقوقه الى العاقد كالبيع . الثاني ان ينكر الوكيل والموكل فان جحد الخصم لا تقبل والا تقبل اتفاقاً . الثالث ان يقر الوكيل بهما ويجحد الموكل العقد فقط فان ادعاه الخصم يقضى بالعقود كلها الا النكاح في قول ابي حنيفة اه . وفي الاشباه وجازت الشهادة على اصله الا اذا شهد على ابيه لامه اه . وفي التكملة عن الفتح رجل ادعى انه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال او وارثان

لذلك الميت او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او وصيان فالشهادة جائزة استحساناً والقياس ان لا تجوز لان شهادة هولاء تتضمن جلب نفع للشاهد اما الوارثان فلقصدهما نصب من يتصرف لهما و يريحهما و يقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة،وكل شهادة جرّت نفعاً لاتقبل، وجه الاستحسان انّا لم نوجب بهذه الشهادة عَلَى القاضي شيئاً لم يكن واجباً عليه لان للقاضي نصب الوصي اذا ثبت الموت ولاوصي فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد ارتضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح اه٠وهذا بخلاف ما لو شهدا ان اباهما الغائب وكل رجلاً بقبض ديونه فانها لا تقبل سواء ادعى الوكيل ذلك او انكر والفرق ان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب بخلاف الوصي(در مختار)٠وفي الهندية شهادة ابني الوكيل على الوكالة لاتقبل وكذا شهادة ابويه واجداده واحفاده٠جارية في يدرجل ادعى رجل انه اشترى هذه الجارية من فلان بمائة دينار وان فلاناً ذلك اشتراها منك بالف درهم وقبضها قبل ان يبيعها مني وانكر الذي في يديه الجارية والمشتري الاول فشهد ابنا الذي في يديه الجارية بذلك قبلت شهادتهما على ابيهما وعلى المشتري الاول بالبيع واذا قبلت قضي لصاحب اليد على المشتري الاول بالف درهم وقضي للمشتري الاول على المشتري الثاني بمائة دينار وان كان الذي في يديه الجارية يدعي ذلك والمشتري الاول ينكر لاتقبل شهادتهما وكانت الجارية للمشتري الثاني ولا يقضى للذي في يديه الجارية على المشتري الاول بشيء ولا يكون لذي اليد ان يحبس الجارية عن المشتري الاخر حتى يستوفي الثمن منه سواء ادعى المشتري الاخر انه قبض الجارية من المشتري الاول وصدقه صاحب اليد في ذلك او لم يدع ذلك ولو كان المشتري الاخر ادعى انه اشتراها بالف وخمسمائة حتى كان الثمنان من جنس واحد والمشتري الاول يجحد ذلك والذي في يديه الجارية صدق المشتري الاخر فيما قال فان ادعى المشتري الاخر انه قبض الجارية من المشتري الاول باذنه وصدقه ذو اليد في ذلك لا يكون لذي اليد ان يحبس الجارية عن المشتري الاخر ولا يعطيه المشتري الاخر من الثمن شيئاً ولكن المشتري الاخر إن خلى بين٠ المشتري الاول والثمن حتى صار الثمن ملكا للمشتري الاول بتصادق ذي اليد والمشتري الاخر كان لذي اليد ان ياخذه وان لم يكن خلى لا يؤمر المشتري الاخر

بالتخلية ولو ان المشتري الاخر اقر انه لم يقبض الجارية في الاستحسان يكون له حق
حبس الجارية عن المشتري الاخر حتى يستوفي الفًا منه ان كان المشتري الاخر
اشتراها بالف او بالف وخمسمائة وان كان اشتراها بخمسمائة يحبسها حتى يستوفي
خمسمائةولو تصادق ذو اليد والمشتري الاول على شراء المشتري الاول وتسليم الجارية
اليه الا انهما جحدا شراء المشتري الاخر فاقام المشتري الاخر ابني ذي اليد وشهدا
له قبلت شهادتهما و يثبت البيع الثاني ثم ينظر ان كان المشتري الاخر يدعي القبض
ياخذ الامة ولا يكون لذي اليد حق الحبس وان لم يكن يدعي القبض فان كان
الثمنان من جنس واحد ففي الاستحسان له حق الحبس وان كانا من جنسين مختلفين
لا يكون له حق الحبس اه٠ وفيها رجل ضمن لرجل ما باع فلانًا من شيء فقال الطالب
قد بايعت فلانًا بيعًا بالف درهم فجحد الضامن ذلك فشهد عليه ابناه انه قد بايعه بيعًا
بالف درهم فان شهادتهما جائزة وكذا اذا جحد الضامن فشهد ابناه ان فلانًا امرك
ان تضمن عنه وانك ضمنت عنه لفلان ما باعه وقد باعه بيعًا بالف درهم فشهادتهما
جائزة و يؤخذ الالف ويرجع به على الذي امره ان يضمن عنه ٠رجل باع دارًا ولم
يقبضها المشتري حتى جاء شفيع الدار وخاصم فيها فشهد ابناء البائع ان المشتري قد
سلم الدار للشفيع بالشفعة ثم اشتراه منه بالثمن لا تقبل شهادتهما وكذلك لو شهدا
ان الشفيع سلم الشفعة بالدار لا تقبل شهادتهما وهذا اذا ادعى الاب ما شهدا به
وان جحدا ما شهدا به فتقبل شهادتهما ولو كان المشتري قبض الدار من البائع ثم شهد
ابناء البائع على تسليم المشتري الدار الى الشفيع بشفعته لا تقبل شهادتهما سواء ادعى
البائع ما شهدا به او جحد ذلك٠وروى ابن سماعة لو شهد ابناء البائع ان الشفيع سلم
الشفعة جاز ولو شهد البائع بذلك لم تجز ولو شهد شاهدان ان الميت اوصى الى هذا
الرجل وقضى به ثم شهد الغريمان او الوارثان او الموصى لهما بالايصاء الى رجل
اخر وهو يدعي ذلك لا تقبل ولو شهدا قبل القضا انه رجع عنه واوصى الى
هذا الثاني تقبل شهادتهما ان كان الثاني يدعي ذلك ولو شهد الشاهدان بالوصية
بالثلث للاول ثم شهد الوارثان بالوصية بالثلث لاخر بعد القضا للاول ولم يذكرا
الرجوع تقبل وان ذكرا الرجوع تقبل على الوصية دون الرجوع وقسمة القاضي
وتسليمه كقضائه حتى لو لم يذكرا الرجوع ولكن شهدا بعد قسمة القاضي المال بين
الموصى له والورثة ترد لان فيه نقض قسمة القاضي وقسمته قضاؤه وكذا لو اقر الوارث

ان الميت اوصى بثلث ماله او بهذا العبد لفلان وقضي به ثم انه شهد مع رجل اخر انه اوصى بثلث ماله او بذلك العبد او بعبد اخر لا تقبل اه

وفي الانقروي عن المبسوط اذا شهد وارثان على الوصية جازت شهادتهما على جميع الورثة لانه لا تهمة في شهادتهما وان كانا عدلين واقرا ولم يشهدا لزمهما في الحصة بنصيبهما لان اقرارهما ليس بحجة على غيرهما وكذلك شهادتهما بدون صفة العدالة لا تكون حجة على غيرهما وانما هي حجة عليهما اه

وهكذا شهادة احد الزوجين للآخر

لا تقبل ايضاً حتى لو شهد لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته (خانية) وفي الانقروي عن زبدة الفتاوى اخ واخت ادعيا ارضاً وشهد زوج الاخت ورجل اخر ترد شهادتهما في حق الاخت والاخ فان الشهادة متى رد بعضها يرد كلها اه. وفي التنوير وشرحه للعلائي ولا تجوز شهادة الزوجة لزوجها وهو لها ولو في عدة من ثلاث لما في القنية طلقها ثلاثاً وهي في العدة لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له اه ولكن لو شهد لامراته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائناً وانقضت عدتها فتصح شهادته (خانية)

واما ما عدا هولاء من الاقارب فتقبل شهادة احدهم للاخر

فتقبل شهادة الربيب وشهادة الاخ لاخيه واخته واولادهما وكذا الاعمام واولاده والاخوال والخالات والعمات وتقبل شهادة الرجل لام امرأته وابيها ولزوج ابنته ولامرأة ابيه ولاخت امرأته (هندية) ولكن اذا كان مع المدعي اخ او ابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه ثم شهدا له لا تقبل شهادتهما في هذه الحادثة بعد هذه الخصومة وكذا كل قرابة وصاحب تردد في المخاصمة سنين لانه بطول التردد صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه كما في الوهبانية (تكملة)

وكذلك لا تقبل شهادة من يتعيش بنفقة المشهود له ولا شهادة الاجير الخاص لمستاجره اما خدم الرجل فتقبل شهادة كل منهم للاخر

قال في التنوير وشرحه للعلائي ولا تقبل شهادة الاجير الخاص لمستاجره مسانهة او مشاهرة او الخادم او التابع او التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه ومفاده قبول شهادة المستاجر والاستاذ له اه . وانما لا تقبل شهادة

الاجير الخاص لمستاجره لان منافعه مستحقة للمستاجر ولهذا لا يجوز له ان يؤجر نفسه من اخر في تلك المدة فلو جازت شهادته للمستاجر كانت شهادة بالاجر لان شهادته من جملة منافعه فلا تقبل وقيد بالخاص لان شهادة المشترك كالخياط تقبل لانه لا يستوجب اجراً الا بعمله فاذا لم يستوجب باجارته شيئاً انتفت التهمة عن شهادته وتقبل شهادة من استاجره يوماً في ذلك اليوم استحساناً كما في البزازية ولا تقبل شهادة المستعير لمعيره بالمستعار. ويلحق بالاجير الخاص المزارع وان لم يكن مشاهرة او مسانهة فقد يزارعه على انهاء هذا الزرع لكنه في حكمه فلا تقبل شهادته لرب البذر وتقبل شهادة الاستاذ للتلميذ والمستاجر للاجر كما استنبطه العلائي وصرح به في الفتح وذلك لان العلة في عدم قبول شهادة الاجير والتلميذ هي طلب معاشهم من المشهود له اذ حينئذٍ يتمتعون بما يحصل له من الخير وذلك لا يوجد في المستاجر والاستاذ فتصح شهادتهم لكن في التتارخانية لا تجوز شهادة المستاجر للاجير وفي حاشية الفتال عن محيط السرخسي قال ابو حنيفة في المجرد لا ينبغي للقاضي ان يجيز شهادة الاجير لاستاذه ولا شهادة الاستاذ لاجيره اه وهذا مخالف لما استنبطه العلائي (تكملة ملخصاً) ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٣٠ تموز ٣٠٩ مؤداه اذا شهد لادارة الرسومات بعض مأموريها فلا يجوز رد شهادتهم لمجرد كونهم من مأموريها بل يلزم ان يحقق عما اذا كان لهم منفعة من المشهود به من جهة الاخبارية او من غيرها فان تحقق ان لا منفعة لهم تقبل شهادتهم (ج. م. عد ٨٥٨)

وفي الهندية ولا تقبل شهادة المستاجر للاجر بالمستاجر ولو استاجر داراً شهراً فسكن الشهر كله ثم جاء مدعٍ اخر فشهد بها المستاجر ورجل اخر معه فالقاضي يسأل المدعي عن الاجارة أكانت بامره او بغير امره فان قال كانت بامري لم تقبل شهادة المستاجر لانه مستاجر شهد بالمستأجر للاجر وان قال كانت بغير امري تقبل شهادته لانه ليس بمستاجر في حقه ولو لم يسكن الشهر كله لم تقبل شهادته وان لم يدعِ المدعي ان الاجارة كانت بامره اه. وفي الخانية مستاجر الدار اذا شهد مع اخر ان الدار لاجره او شهد للمدعي ان الدار للمدعي تجوز شهادته في الوجهين عند ابي حنيفة وان كانت شهادته في الوجه الاول لتصحيح الاجارة وفي الثاني لاثبات حق الفسخ لنفسه ومع ذلك قال تجوز شهادته سواء كانت الاجرة رخيصة او غالية وقال ابو يوسف لا تجوز شهادته في الوجه الثاني لاثبات حق الفسخ لما فيه من اسقاط الاجرة عن نفسه واذا شهد الاجير

لاستاذه وهو اجير شهر فلم ترد شهادته ولم يعدل حتى مضى الشهر ثم عدل لم تقبل شهادته لان شهادته لم تكن مقبولة فلم تصر مقبولة كمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل التعديل لا تقبل شهادته وان شهد ولم يكن اجيراً ثم صار اجيراً قبل القضا بطلت شهادته لان قيام الشهادة الى وقت القضا شرط لجواز القضا وهو كما لو شهد وهو عدل ففسق قبل القضا ولو ان القاضي لم يرد شهادته وهو غير اجير ثم صار اجيراً ثم مضت مدة الاجارة لا يقضي بتلك الشهادة وان لم يكن اجيراً عند الشهادة ولا عند القضا لان اعتراض الاجارة عَلَى الشهادة ابطل الشهادة فلو ان القاضي لم يبطل شهادته ولم يقبل فاعاد الشهادة بعد انقضاء مدة الاجارة جازت شهادته الثانية وهو كما لو شهد لامرأته فلم يرد القاضي شهادته حتى ابانها ثم اعاد الشهادة جازت شهادته ولو كان القاضي رد شهادته الاولى لامرأته ثم اعادها بعد البينونة لا تقبل شهادته لانها ردت في هذه الحادثة وكل شهادة ردت في حادثة لا تقبل بعد ذلك ابداً وكذلك في مسألة الاجير اه

وكذلك لا تقبل شهادة احد الشركاء للاخر في مال الشركة

لان شهادته لنفسه من وجه (در مختار)٠ ولا تقبل شهادة الشريك لشريكه سواء كانت شركة اموال او شركة عقد عناناً او مفاوضة او وجوهاً او صنائع وهذا اذا شهد فيما هو من شركتهما اما فيما ليس من شركتهما فتقبل لانتفاء التهمة (تكملة)٠ ولو شهد رجلان لرجلين عَلَى آخر بالف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على ذلك الرجل بالف ايضاً فان كان المشهود عليه حياً قبلت هذه الشهادة اتفاقاً وان كان ميتاً تقبل ايضاً على قول ابي حنيفة ومحمد خلافاً لابي يوسف لان كل فريق يشهد بالدين في الذمة وهي تقبل حقوقاً شتى فلم تقع الشركة ولو شهد كل فريق منهما للاخر بعين من تركة الميت قبلت الشهادة اتفاقاً اما لو شهد كل فريق للاخر بان الميت اوصى له بالثلث فلا تقبل اتفاقاً لان حقهم في التركة وهو الثلث وهو غير مقسوم بينهما فهي شهادة في مشترك بينهما وهو حق شائع في جميع المال فكانت شهادة الشريك لشريكه وهي لا تصح بخلاف شهادة اثنين ان الميت اوصى بهذا العين لهذين الشخصين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بعين آخر فانها تقبل لانه لا شركة في ذلك لان كلاً شهد بعين اخرى فلم يبقوا شركاء اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة٠ وفي الهندية قال محمد في الاصل اذا شهد رجلان ان لهما ولفلان على هذا الرجل الف درهم فهذا عَلَى وجوه الاول ان

ينصا عَلَى الشركة بان شهدا ان لفلان ولهما على هذا الرجل الف درهم مشترك بينهم وفي هذا الوجه لا تقبل شهادتهما اصلاً · الثاني اذا نصا على قطع الشركة بان قالا نشهد ان لفلان على هذا خمسمائة وجبت بسبب عَلَى حدة ولنا عليه خمسمائة وجبت بسبب على حدة وفي هذا الوجه تقبل شهادتهما في حق فلان · الثالث اذا اطلقا الشهادة اطلاقاً وفي هذا الوجه لا تقبل الشهادة اصلاً اه

ولا تقبل شهادة الكفيل بالمال بان الاصيل ادّى المكفول به · ولكن تقبل شهادة احدهما للاخر في سائر الامور

وفي الانقروي عن البزازية الكفيل بنفس المدعى عليه شهد ان المدعى عليه قضى المال الذي كانت الدعوى والكفالة لاجله لا تقبل في الصحيح اه وانما لا تقبل شهادة الكفيل في الصورتين لانه يجر فيها نفعاً لنفسه اذ لو ثبتت براءة الاصيل بشهادته برىء هو من المال في الصورة الاولى ومن المطالبة في الصورة الثانية

﴿المادة ١٧٠١﴾ تقبل شهادة الصديق لصديقه ولكن اذا تناهت صداقتهما حتى صار كل منهما يتصرف في مال صاحبه فلا تقبل شهادة احدهما للاخر

للتهمة · وفي الخيرية ونصه سئل في اهل قرية عليها عوارض سلطانية يدعي بعضهم لبعض في دفعها لمن يتناولها و يشهد الاخر اتسمع شرعاً اجاب ان جاءوا معاً وشهدوا فالشهادة باطلة للتهمة صرح به الزيلعي قال لانهم اذا جاءوا معاً كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فترد اه

استطراد : قال في الخانية رجل ادعى داراً في يد رجل واقام شاهدين فشهدا ان الدار له فان القاضي يقضي بالبنا والدار للمدعي فان قالا قبل القضا ليس البناء له انما هو للمشهود عليه يقبل ذلك منهما و يقضى للمدعي بالساحة دون البنا وان قالا ذلك بعد القضا كان عليهما قيمة البنا للمقضي عليه لان اسم الدار يتناول البناء تبعاً واذا بينا ذلك قبل القضا كان ذلك بمنزلة تعيين المحتمل اه

﴿المادة ١٧٠٢﴾ يشترط ان لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية

لان العداوة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه اما اذا كانت العداوة دينية فانها لا تمنع لانها تدل على كمال دينه وعدالته لان المعاداة قد تكون واجبة بان رأى فيه منكراً شرعاً ولم ينته بنهيه . ونقل في القنية ان العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها او يجلب منفعة او يدفع بها عن نفسه مضرة وهو الصحيح . ولكن اختار المتأخرون عدم قبول الشهادة على العدو سواء فسق بها او لا وعليه صاحب الكنز والملتقى ومقتضاه ان العلة العداوة لا الفسق والمتون على عدم قبول الشهادة وان لم يفسق بالعداوة للتهمة والحديث الشريف شاهد لما اختاره المتاخرون واصحاب المتون (تكملة ملخصاً) . قلت واطلاق المجلة في هذه المادة يدل على اختيار قول المتاخرين من ان شهادة العدو لا تقبل سواء فسق بها او لا لان العلة التهمة لا الفسق ومقتضاه انه اذا شهد العدو على غير عدوه تقبل

وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف

قال في الحامدية والعدو من يفرح لحزنه ويحزن لفرحه كما في البحر والخصومة اذا جرت بين المدعي والمدعى عليه بغير حق فهي دنيوية اه . وعلى هذا لا تقبل شهادة المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والعداوة ليس كما يتوهمه بعض المتفقهة او الشهود ان كل من خاصم شخصاً في حق وادعى عليه انه يصير عدوه فيشهد بينهما بالعداوة بل العداوة انما تثبت بنحو ما ذكرنا ويؤيده ما في الخانية رجل خاصم رجلاً في دار او في حق ثم ان هذا الرجل شهد عليه في حق آخر جازت شهادته ان كان عدلاً اه ولو ادعى شخص عداوة آخر يكون اعترافاً منه بفسق نفسه ولا يكون ذلك قادحاً في عدالة الشاهد ما لم يثبت انه عدو له ولو شهد الشاهد على آخر فخاصم المشهود عليه الشاهد قبل القضا فلا يمتنع القضا بشهادته الا اذا ادعى انه دفع اليه كذا لئلا يشهد عليه وطلب الرد واثبت دعواه ببينة او اقرار او نكول فتبطل شهادته وهو جرح مقبول كما صرحوا به (تكملة ملخصاً) . اقول ومثل العداوة العصبية قال في الخيرية سئل في شهادة القيسي على اليماني في بلادنا هل تقبل ام لا لما يشاهد بينهما من العصبية اجاب لا تقبل فقد صرح في معين الحكام وغيره بان من موانع الشهادة العصبية وهي ان يبغض الرجل

الرجل لانه من بني فلان او من قبيلة كذا اه

﴿المادة ١٧٠٣﴾ ليس للواحد ان يكون شاهداً ومدعياً بناءً عليه لا تصح شهادة الوصي لليتيم والوكيل لموكله

غير ان الوكيل يختلف بعض الاحيان عن الوصي كما يظهر مما ياتي وهو انه اذا شهد الوصي بحق للميت ولو بعد ما عزله القاضي عن الوصاية ونصب غيره او بعد ما ادرك الورثة لا تقبل شهادته سواءٌ كان المشهود به مالاً او لا وسواء كان المال تحت يد الوصي او غيره وسواء خاصم الوصي او لا وذلك لحلول الوصي محل الميت ولذا لا يملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه بخلاف الوكيل اذ لو شهد الوكيل بعد عزله للموكل فان خاصم في مجلس القاضي ثم شهد بعد عزله لا تقبل اتفاقاً للتهمة وان لم يخاصم قبلت لعدم التهمة لان الموكل حي وهو قائم في حق نفسه دون الوكيل وللوكيل ان يخرج نفسه من الوكالة متى شاء وهو يفعل من ذلك ما امره به الموكل فاذا عزله قبل الخصومة لم تلحق التهمة فيما شهد به فقبلت شهادته والاصل ان كل من صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل وهذان الاصلان متفق عليهما و يتخرج عليهما كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند القاضي ثم عزل لا تقبل شهادته كما قدمنا والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني ان الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب وشهد تقبل شهادتهما وقيدنا بكون الخصومة عند القاضي لانه لو خاصم الوكيل في غير مجلسه ثم عزل فشهد لموكله قبلت شهادته عندهما خلافاً لابي يوسف كما لو شهد في غير ما وكل فيه او كما لو شهد على موكله فانما تقبل في الحالين وفي البزازية وكله بالخصومة عند القاضي فخاصم المطلوب بالف درهم عند القاضي ثم عزله فشهد ان لموكله على المطلوب مائة دينار (والمراد به مال غير الموكل به) تقبل بخلاف ما لو وكله عند غير القاضي وخاصم فانها لا تقبل مطلقاً لان الوكالة لما اتصل بها القضا صار الوكيل خصما بحقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف الاول لان علم القاضي بوكالته ليس بقضا فلم يصر خصماً في غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل في حق آخر اه. وفي التتارخانية ما

ملخصه اما شهادة الوكيل فنقول الوكيل خاص وعام اما الخاص فهو اذا وكله بطلب
الف درهم قبل رجل معين والخصومة فيها فاذا خاصمه عند غير القاضي ثم عزله الموكل
قبل الخصومة عند القاضي ثم شهد بهذا الالف لموكله قبلت شهادته ولو انكر المدعى
عليه الوكالة فاثبتها الوكيل بالبينة ثم عزله الموكل قبل الخصومة فشهد له لا تقبل
شهادته في كل حق قائم وقت التوكيل الا اذا شهد بحق حادث بعد تاريخ الوكالة
فحينئذ تقبل وان كانت الوكالة عامة كما لو وكل رجلاً بالخصومة في كل حق له وقبضه
فقدم رجلاً واقام عليه البينة وجعله القاضي خصماً ثم اخرجه الموكل من الوكالة لم تجز
شهادته لا على هذا الرجل ولا على غيره ممن كان للموكل عليه حق قائم او حادث بعد
الوكالة وقبل العزل الا اذا كان حقاً عرف حدوثه بعد العزل فتقبل شهادته اه ملخصاً
عن الدر المختار والتكملة . وفي التنوير تقبل شهادة وصيين لوارث كبير في غير مال الميت
ولو شهدا في مال الميت لا تقبل خلافاً لهما ولو لصغير لا تقبل اتفاقاً اه . وفي الدر المختار
لو شهد الوصيان على اقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ تقبل اه . وفي الخانية اذا
شهد الوصي بدين للميت والورثة صغار او بعضهم صغار لا تقبل شهادته لانه يثبت
بشهادته حق نفسه ولو كانت الورثة كباراً جازت شهادته ولو شهد بدين عَلَى الميت
جازت شهادته على كل حال اه . وفي الهندية لو شهد الوصي للوارث الكبير والصغير
جميعاً في غير ميراث لم تجز كذا في الخلاصة ومفاده انه لو شهد لهما في ميراث
لم تقبل بالاولى اه . وفيها لو ان الوصي لم يقبل الوصاية بعد موت الموصي ولم يرد
حتى شهد عند القاضي فان القاضي يقول له اتقبل الوصاية ام تردها فان قبل
بطلت شهادته وان رد امضى شهادته وان سكت ولم يخبره بشيء توقف القاضي
في شهادته اه

﴿ المادة ١٧٠٤ ﴾ لا تقبل شهادة الانسان على فعله ومن ثم لا تعتبر شهادة الوكلاء والدلالين على افعالهم بان قالوا كنا بعنا هذا المال

هذا قيد احترازي فتنبه له اذ لا ترد شهادتهم الا اذا صرحوا بقولهم كنا بعنا اما
لو شهدوا بان العين ملك المدعي او في اجازته فتقبل (در مختار و بزازية) وفي الخانية
رجل عليه الف درهم لرجل فوزن الغريم الفاً ووضعها بين يدي الطالب وقال خذها
قد اوفيتك فقال الطالب لرجل آخر ناولني هذه الدراهم فناوله ثم شهد على المقضي انه

هو الذي دفع اليه الف درهم جازت شهادته ٠ رجلان شهدا على رجل انه باع داره من هذا المدعي بالف درهم على انهما كفيلان بالثمن قال محمد ان كان ضمانهما في اصل البيع لم تقبل شهادتهما لان البيع يتم بضمانهما فكأنهما باعا وان لم يكن الضمان في اصل البيع جازت شهادتهما ٠ رجل اشترى جارية وكفل له رجلان بما يلحقه فيها ثم شهد الكفيلان ان البائع انتقد الثمن لا تقبل شهادتهما وكذا لو شهدا ان البائع ابراه عن الثمن ٠ وكيل في مجلس القضا ادعى لموكله بحضور موكله ان لموكله على هذا كذا وقال المدعى عليه قد قضيت فانكر موكل المدعي القضا فشهد هذا الوكيل مع رجل آخر انه قد قضاه قالوا لا تقبل شهادة الوكيل لانه ادعى المال عليه بحكم الوكالة فاذا شهد في المجلس على قضاء الدين كان متناقضاً فلم تقبل شهادته ٠ رجلان اشتريا من رجل ثوباً ونقداه الثمن او لم ينقداه حتى شهدا ان البائع اقر ان هذا الثوب للمدعي امرني ببيعه والمدعي يصدقه قال محمد لا تقبل شهادتهما اه ما في الخانية ٠ وفي التنوير انكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه وشهد القاسمان بالاستيفاء لحصته تقبل وان قسما باجر في الاصح ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لانه فرد اه ٠ وفي الخانية القاسمان اذا قسما جازت شهادتهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وصورة ذلك اذا قسما الدار بين الوارثين ثم شهدا ان هذا النصف لهذا الوارث وهذا النصف لهذا الوارث الآخر كذا وقع ذلك في قسمتهما وانما تقبل الشهادة لان الملك لا يثبت بقسمتهما ما لم يتراضيا على ذلك او يستعملان القرعة اه ٠ وفي الانقروي عن القنية احد الشاهدين قال هذا الشيء ملك المدعي كان لي بعته منه وقبضت الثمن لا تقبل شهادته اه

كذلك لا تصح شهادة حاكم بلدة بعد عزله على الحكم الصادر منه قبل العزل ٠ اما اذا شهد بعد العزل على اقرار من اقر في حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته

لان الاقرار فعل المقر لا فعل القاضي ٠ وفي الخانية محضر ضاع من ديوان القاضي وفيه شهادة الشهود بحق والقاضي لا يذكر ذلك فشهد عنده كاتباه ان شهود هذا شهدوا بكذا لا ينبغي ان يقضي القاضي بشهادتهما ولو ضاع سجل من ديوان القاضي فشهد كاتباه ان هذا اقر عندك لهذا بكذا فان القاضي يقبل ذلك وكذا لو ضاع اقرار

رجل فشهد عند القاضي كاتباه ان هذا اقر عندك لهذا بكذا وقد سمعناه فان القاضي يقبل ذلك لان في مسالة المحضر شهد الكاتبان عَلَى شهادة الشهود والشهادة على الشهادة باطلة لا تقبل بدون التحميل ولم يوجد وفي مسالة السجل والاقرار شهدوا عَلَى حق محكوم به او على اقرار الخصم فجازت شهادتهم اه٠ وفي التنوير وشرحه للعلا ئي صدق قاض معزول بلا يمين قال لزيد اخذت منك الفاً قضيت به لبكر ودفعته اليه وادعى زيد انه اخذ الالف ظلماً واقر بكون الاخذ في وقت قضائه وكذا لو زعم فعله قبل التقليد او بعد العزل في الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فيصدق الا ان يبرهن زيد على كونه في غير قضائه فالقاضي يكون مبطلاً اه٠ ولو اقر الآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمن لانه اقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الفصل الاول لانه يثبت فعله في قضائه بالتصادق وجعل بعضهم هذا اصلاً فقال الاصل ان المقر اذا اسند اقراره الى حالة منافية للضمان من كل وجه فانه لا يلزمه ضمان ما ذكر ومنها الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكاً وان كان قائماً فالقول للموكل لانه اخبر عما لا يملك الانشاء ومنها لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليك كذا وكذا من المال وانكر اليتيم كان القول للوصي لكونه اسنده الى حال منافية للضمان ولكن يخرج عن هذا الاصل مسائل منها لو قال اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر لانه اقر باكل طعام غيره ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعوى التمليك (تكملة ملخصاً)

﴿ المادة ١٧٠٥ ﴾ يشترط ان يكون الشاهد عدلاً

كما انه يشترط لفظ اشهد في الشهادة يشترط ايضاً ان يكون الشاهد عدلاً غير ان الاول شرط لصحة الاداء بل هو ركنه ولكن العدالة ليست شرطاً في صحة الاداء وانما ظهورها شرط لوجوب القضا عَلَى القاضي كما في الغرر والتنوير وغيرهما وانما تشترط العدالة لوجوب القضا لان الشهادة خبر والخبر يحمل الصدق والكذب والحجة هي الخبر الصدق وبالعدالة تترجح جهة الصدق (درر)

والعدل من كانت حسناته غالبة على سيئاته ٠ بناءً عليه

لا تقبل شهادة من اعتاد حالاً وحركة تخل بالناموس والمروءة كالرقاص والسخرة ولا تقبل شهادة المعروفين بالكذب ٠

والمروءة ان لا يأتي الانسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند اهل الفضل (حامدية) والسخرة بضم السين وسكون الخاء من يسخر منه ٠ ـ ولا تقبل شهادة الفاسق وان كان وجيهاً ذا مروءة في الاصح ولا تقبل شهادة آكل الربا المشهور بذلك المقيم عليه ولا شهادة من اشتهر باكل الحرام وترد شهادة آكل مال اليتيم باكله مرة ولا تجوز شهادة مدمن الخمر واراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده وقال شمس الائمة السرخسي ويشترط مع الادمان ان يظهر ذلك للناس او يخرج سكران فيسخر منه الصبيان حتى ان شرب الخمر في السر لا تسقط به العدالة وان شرب للتداوي لا تسقط عدالته ولا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة والشرب وان لم يشرب ولا تقبل شهادة المقامر بالشطرنج او بشيء غيره او لعب بالشطرنج ولم يتامر ان داوم على ذلك حتى شغله عن الصلوة او كان يحلف باليمين الباطلة في ذلك لا تقبل شهادته ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة في كل حال واذا كان الرجل يلعب بشيء من الملاهي وذلك لم يشغله عن الصلوة ولا عما يلزمه من الفرائض ينظر ان كانت مستشنعة بين الناس كالمزامير والطنابير لم تجز شهادته وان لم تكن مستشنعة نحو الحداء وشرب القصب جازت شهادته الا ان يتفاحش بان يرقصوا به فيدخل في حد المعاصي والكبائر وحينئذ تسقط به العدالة ٠ قال ابو يوسف من لعب بالصوجان يريد الفروسة جازت شهادته ٠ لا تقبل شهادة المشعوذ ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن فاما اذا كان يمسك الحمام يستأنس بها ولا يطيرها عادةً فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا كانت تجر حمامات أخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيبيع ويأكل منه ولا تقبل شهادة من يغني للناس ويسمعهم اما لو كان لاسماع نفسه حتى يدفع الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره فلا بأس به ولا تسقط عدالته ٠ ولا تقبل شهادة نائحة تنوح في مصيبة غيرها وتتخذ ذلك مكسبة اما التي تنوح في مصيبة نفسها فتقبل شهادتها ٠ لا تقبل شهادة المخنث الذي يباشر الردي من الافعال ويلين كلامه عمداً اما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة ٠ لا

تقبل شهادة الداعر وهو الفاسق المتهتك الذي لا يبالي بما صنع، ا.ه الذي اشتدت غفلته فلا تقبل شهادته، وكذا المعروف بالكذب وان تاب بخلاف من وقع في الكذب سهواً وابتلي به مرة ثم تاب . والمعروف بالعدالة اذا شهد بزور ثم تاب تقبل شهادته وعليه الاعتماد بخلاف الفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان تظهر عليه آثار التوبة وبعضهم قدر ذلك بستة اشهر وبعضهم بسنة والصحيح ان ذلك مفوض الى رأي القاضي . الشاعر ان كان يهجو لا تقبل شهادته وان كان يمدح واغلب مدحه الصدق قبلت . الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته لانه حكى فحش غيره . رجل كان يشتم اهله ومماليكه واولاده ان صدر منه ذلك احياناً لا يؤثر في اسقاط العدالة لان الانسان قلما يخلو منه وان كان ذلك عادة سقطت عدالته وكذا الشتام للحيوان كدابته . لا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون وابو حنيفة واصحابه رضي الله عنهم وكذا العلماء ولا تقبل شهادة من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل عليها وكذا من ياكل في السوق بين الناس ومن اكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر وفي مناقب ابي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل . لا تقبل شهادة الطفيلي والمجازف في كلامه وبائع الاكفان ولكن قال شمس الائمة انما لا تقبل شهادة بائع الاكفان اذا ابتكر لذلك العمل وترصده اما اذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الاكفان فتجوز شهادته . اذا قدم امير بلدة وخرج الناس وجلسوا في الطريق ينظرون اليه فالفتوى على انهم اذا خرجوا لالتعظيم من يستحق التعظيم ولا للاعتبار تبطل عدالتهم . تقبل شهادة الاقلف الا اذا تركه استخفافاً وشهادة الخصي مقبولة وتقبل شهادة الخنثى المشكل وحكمه حكم المرأة . شهادة الصكاكين على الصحيح تقبل اذا كان غالب حالهم الصلاح وكذا شهادة اهل الصنائع الدنيئة كالكساح والزبال والحائك والحجام والنخاس والدلال اه عن الهندية . وفي الدر المختار لا تقبل شهادة من يبول على الطريق وكذا كل ما يخل بالمروءة ومنه كشف عورته ليستنجي من جانب البركة والناس حضور اه بخلاف ما لو كشف عورته للبول والغائط اذا لم يجد ما يستتر به فانه لا يفسق به (طحطاوي عن ابي السعود)

الفصل الرابع

في موافقة الشهادة للدعوى

﴿المادة ١٧٠٦﴾ تقبل الشهادة ان وافقت الدعوى والا لا

غير ان هذا فيما يشترط فيه تقدم الدعوى على الشهادة كما قدمنا في شرح المادة ١٦٩٦ وموافقة الشهادة للدعوى هو ان يتحدا نوعاً وكماً وكيفاً ومكاناً وزماناً وفعلاً وانفعالاً ووصفاً وملكاً ونسبة فانه اذا ادعى على اخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او بالعكس او ادعى سرقة ثوب احمر وشهدا بابيض او ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهدا بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهدا انه ملك ولده لم تكن الشهادة موافقة للدعوى فلا تقبل كما لو ادعى قرضاً وشهدا بثمن متاع لانها خالفت الدعوى فلم يمكن القضا بها وذلك لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا تعتبر فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلم يحكم بها واذا اشترى جارية ثم وجد بها عيباً واراد ان يردها على البائع فانكر البائع ان يكون باعها بهذا العيب فشهد احد الشاهدين انه اشترى هذه الجارية وهذا العيب بها وشهد الاخر على اقرار البائع لم تقبل لانهما شهدا على امرين مختلفين وفي التنقيح اذا خالفت الشهادة الدعوى ثم اعيدتا تقبل ما دام في المجلس ولم يبرح عنه وهو ظاهر الرواية (تكملة ملخصاً) وفي الهندية لو ادعى الايفاء فشهدا بالهبة او الصدقة او النحلة او الاحلال او ادعى الهبة او الصدقة او النحلة او الاحلال فشهدا بالاستيفاء لا تقبل . شهدا ان لهذا عَلَى هذا الرجل الف درهم وقد اقتضى منها مائة وقال الطالب لم اقتض منها شيئاً قال ابو حنيفة وابو يوسف يقضى بالالف ويجعل مقتضياً للمائة . اذا شهد الرجلان عَلَى اخر بالف درهم وشهدا انه قد قضاه خمسمائة وقال الطالب ما قضاني شيئاً والشهود صدقوا في الشهادة على الالف واوهموا في الشهادة على القضا تقبل شهادتهما ان عدلا ولو قال شهادتهم بالالف حق و بالقضا باطل وزور لا تقبل شهادتهم لانه نسبهم الى الفسق . شهدا ان لهذا على هذا الف درهم ولكنه ابرأه منها وقال المدعي ما ابرأته وقال المشهود عليه ما كان له عليّ شيء ولا ابرأني من شيء اذا لم يدع شهادتهما على البراءة قضي عليه بالالف . لو شهدا على المدعى عليه بالف درهم والمدعي يدعي

ذلك وشهدا ايضاً للمدعى عليه على المدعي بمائة دينار والمدعي ينكر ذلك قبلت شهادتهما • شهدا لرجل بالف درهم ثمن جارية فقال المشهود له انه اشهدهما هذه الشهادة والذي عليه ثمن متاع جازت شهادتهما قالوا تاويل المسالة اذا شهدوا على اقرار المدعى عليه بالف من ثمن جارية فالمسالة محفوظة انه اذا ادعى على اخر الف درهم من ثمن مبيع وشهد له الشهود الالف من ضمان جارية غصبها وهلكت انه لا تقبل شهادتهم وبمثله في الاقرار تقبل ولو قال لم يشهدهما لا تقبل • ادعى على اخر مائة قفيز حنطة بسبب السلم مستجمعاً لشرائطه وشهد الشهود ان المدعى عليه اقر ان عليه مائة قفيز حنطة ولم يزيدوا على هذا لا تقبل شهادتهم على الاصح ادعى قرضاً على رجل وشهدوا ان المدعي دفع اليه عشرة دراهم ولم يقولوا قبض المدعى عليه يثبت قبض المدعى عليه ويكون القول قول ذي اليد اني قبضت بجهة الامانة فان ادعى المدعي انه قبضه بجهة القرض يحتاج الى اقامة البينة على القرض • لو ادعى ديناراً وشهدا ان المدعي دفع الى المدعى عليه ديناراً لا تقبل • اذا كانت الدعوى بلفظ الدار وشهدا بلفظ البيت قيل ينبغي ان تقبل في عرفنا وهو الاشبه والاظهر • لو ادعى الاستهلاك وشهد شهوده على القبض تقبل • ادعى انه استهلك من مالي اقمشة كذا وعليه قيمتها وشهد الشهود انه باع وسلم لفلان تقبل ولو شهدوا انه باع ولم يذكروا التسليم لا تكون شهادة على الاستهلاك • ادعى انه غصب حماره وشهد شهوده ان هذا الحمار ملك المدعي وفي يد هذا بغير حق لا تقبل هذه الشهادة ولكن قال في موضع آخر ادعى الغصب فشهدا له بالملك تقبل على قول ابي يوسف ولكن يحلف المدعي (اي على الوجه المبين في المادة ١٧٤٦ فقرتها الثانية) • — اذا شهد الشهود بدار لرجل فقال المشهود له هذا البيت من هذه الدار لفلان اخر غير المدعى عليه ليس هو لي فقد اكذب شهوده ان قال هذا قبل القضا لا يقضى له ولا لفلان بشيء وان كان بعد القضا قال ابو يوسف اجزت اقراره لفلان وجعلت له البيت وارد ما بقي من الدار على المقضي عليه ويضمن قيمة البيت للمشهود عليه • ادعى داراً في يد رجل انها له اشتراها من فلان غير ذي اليد وجاء بشاهدين فشهدا ان فلاناً وهبها له وقبضها منه وهو يملكها لا تقبل هذه الشهادة حتى يوفق فيقول شريتها منه فجحدني ثم وهبني بعد ذلك واقام البينة على ذلك تقبل شهادتهم ولا تقبل قبل التوفيق لوجود المخالفة صورة ومعنى اما الصورة فظاهرة واما المعنى فلان الحاصل بالهبة غير

الملك المستفاد بالشرا لان الهبة تفيد الملك بغير عوض ولا يكون فيها خيار الروءية والعيب ولا تكون لازمة ولا يكون فيها ضمان الرجوع عند الاستحقاق وفي الشرا يثبت جميع ذلك . رجل في يديه عبد ادعى رجل انه اشتراه من ذي اليد وذو اليد يجحد فجاء المدعي بشاهدين شهدا انه باعه منه ولا ندري أهو للبائع او لا — جازت شهادتهما ولو جاء المدعي بشاهدين فقالا للقاضي العبد لنا باعه المدعى عليه من هذا الرجل تقبل شهادتهما . ادعى شراء دار من رجل فشهدا له بالشراء من وكيله او شهدا ان فلاناً باع وهذا المدعى عليه اجاز بيعه لا تقبل اه ما في الهندية . وفي الانقروي عن القاعدية ادعى ارضاً بشربها واقام البينة على الارض ولم يذكروا الشرب يقضى له بحصتها من الشرب ولو شهدوا عَلَى الشرب ولم يذكروا الارض لا يقضى له بشي اه وفيه عن الخلاصة ادعى على اخر انه قبض منه كذا منذ شهر فشهدوا على القبض ولم يذكروا التاريخ لا تقبل اه

ولكن لا عبرة باللفظ بل تكفي الموافقة معنى . مثلاً اذا كان المدعى به وديعة وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالايداع او كان غصباً وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالغصب تقبل شهادتهم

وكذا لو ادعى على آخر انه آجر منه داره وقبض مال الاجارة فمات وانفسخت الاجارة بموته وطلب مال الاجارة فشهد الشهود ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على العقد (هندية) وفيها ادعى القرض وشهدوا على اقراره بالمال تقبل من غير بيان السبب . ادعى انه قبض من مالي كذا قبضاً موجباً للرد وشهدا انه قبضه ولم يشهدا انه قبضه قبضاً موجباً للرد تقبل في اصل القبض فيجب رده وكذا لو شهدا على اقراره بالقبض . ادعى عبداً في يد رجل واقام البينة فشهدا على اقرار المدعى عليه انه ملك المدعي تقبل ولو شهدا على اقراره انه اشتراه من المدعي وقال المدعي انه اقر بهذا ولكن ما بعت منه يأخذه المدعي وكذا الاستيام وكذا لو شهدا انه اقر بانه آجره بكذا وكذا لو شهدا ان المدعي عليه قال بعته بكذا وكذا لو شهدا انه اودعه ولو شهدا على اقراره ان المدعي دفع اليه لا تقبل ولو شهدا انه اقر انه غصبه او انه رهنه تقبل ويقضى بالعبد للمدعي اه ما في الهندية وفي جامع الفصولين ادعى الشرا فشهد احدهما به والاخر انه اقر به تقبل اه وفي الخيرية عن البزازية

شهدا على البيع بلا بيان الثمن ان شهدا على قبض الثمن تقبل وكذا لو بين احدهما وسكت الاخر اه اما اذا لم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبضه لا تقبل لان حاجة القاضي الى القضا بالعقد ولا يتمكن من ذلك اذا لم يكن الثمن مسمى بخلاف ما لو شهدا بقبض الثمن لان الحاجة الى القضا بالملك للمدعي دون القضا بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن (تكملة عن المبسوط)

كذلك اذا ادعى المديون بانه ادى الدين وشهد الشهود ان الدائن ابرأ المديون تقبل شهادتهم

لانهم شهدوا باقل مما ادعى وحينئذٍ فالقاضي يقضي بالبراءة من غير سوال ويكون الثابت بقضا القاضي براءة الغريم بالاسقاط لا البراءة بالاستيفاء حتى لو كان الغريم كفيلاً كفل بامر المكفول عنه فادعى الايفاء فشهد الشهود بالابراء كان لصاحب المال ان يرجع بدينه على الاصيل ولا يكون للكفيل ان يرجع على المكفول عنه بشي كما لو ابرأه المكفول له (خانية) وفيها لو ادعى الغريم ان صاحب المال ابرأه واقام شاهدين فشهدا على اقرار صاحب المال بالاستيفاء فان القاضي يسأل الغريم عن البراءة أكانت بالاستيفاء او بالاسقاط فان كانت بالاستيفاء تقبل وان قال كانت بغيره لا تقبل وان لم يبين وسكت ذكر في الاصل ان القاضي لا يجبره على البيان ولكن لا يقضي بهذه الشهادة اذا لم يبين لان البراءة بالاستيفاء تكون فوق البراءة الاسقاط فاذا شهد الشهود باكثر مما ادعى لا تقبل من غير توفيق اه

تتمة : نقل طحطاوي عن البحر بعض مسائل تقبل فيها الشهادة وان خالفت الدعوى منها ادعى المديون الابراء وشهد الشهود ان المدعي صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل ان كان الصلح بجنس الحق لحصول الابرا عن البعض بالاسقاط . ومنها ادعى عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند وشهدوا بها بوزن مكة تقبل ان تساوى الوزنان او كان وزن مكة اقل لا اكثر . ومنها ادعت انها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدا ان زوجها اعطاها اياها مهرها من غير ان يجري العقد بينهما تقبل . ومنها ادعى الشرا مع القبض فشهدا على الملك المطلق تقبل اه

❋ المادة ١٧٠٧ ❋ موافقة الشهادة للدعوى اما بصورة مطابقتها لها

بالتمام او بكون المشهود به اقل من المدعى به

اي لو كان المشهود به اقل من المدعى به تقبل الشهادة بدون توفيق ولا فرق في كون المشهود به اقل بين ان يكون في الدين او في العين فلو ادعى كل الدار فشهدا بنصفها قضي بالنصف من غير توفيق (خانية) وفيها ادعى انه له ورثه من ابيه فشهدا انه له ولاخيه الغائب ميراث عن ابيه جازت شهادتهما لانهما شهدا باقل مما ادعاه اه ولو ادعى الملك المطلق فشهدا له بالارث تقبل لان الارث مساوٍ للملك المطلق على المشهور (هندية) ولو ادعى النتاج وشهدا له بالملك المطلق تقبل وعلى العكس لا لان المطلق اقل من النتاج لكونه يفيد الاولوية على الاحتمال والنتاج على اليقين ولو ادعى النتاج وشهدا على الشرا لا تقبل الا ان يوفق المدعي فيقول مثلاً نتجت عندي ثم بعتها منه ثم اشتريتها منهُ كما في البحر وانما لا تقبل بدون توفيق وان كانت دعوى الشرا اقل من النتاج لان الشهادة بالاقل انما تقبل اذا صلح ذلك الاقل بياناً لما ادعاه كما يظهر من كلام الخانية فانه ذكر اولاً انه اذا ادعى داراً في يد رجل انها له وشهدا انه اشتراها من ذي اليد جازت لان شهادتهما بالاقل مما ادعى وما شهدا به يصلح بيانا لما ادعاه المدعي فانه لو قال ملكي لاني اشتريته من ذي اليد يصح ويكون اخر كلامه بياناً للاول بخلاف ما اذا ادعى اولاً بالنتاج وشهدا بالشرا من ذي اليد لا تقبل الا ان يوفق والا فلا لان دعوى النتاج على ذي اليد لا تحتمل دعوى ملك حادث من جهة لانه لو قال هذه الدابة ملكي بالنتاج من جهة ذي اليد لا يصح كلامه فلا يمكن ان يجعل آخر كلامه بياناً اه وفي نور العين لو ادعاه نتاجاً فشهدا بمطلق نقبل لا في عكسه وهذا يدل على انه لو ادعى مطلقاً ثم نتاجاً لا نقبل وعكسه تقبل (تكملة ملخصاً) وفيها عن الخلاصة ولو ادعى انه غصبه منه وشهدا انه ملك المدعي وفي يد المدعى عليه بغير حق لا تقبل لا على الملك لانهما لم يقولا انه غصبه منه ولا على الغصب لانهما شهدا انه بيده بغير حق ويجوز ان يكون بيده من غير حق لا من جهة المدعي بل من جهة غيره اه

مثلاً اذا ادعى المدعي ان هذا المال ملكي منذ سنتين فكما تصح شهادتهم اذا شهدوا بانه ملكه منذ سنتين كذلك تصح شهادتهم اذا

شهدوا بانهُ ملكه منذ سنة وكذا اذا ادعى المدعي بالف وشهدت الشهود بخمسمائة تقبل شهادتهم بخمسمائة فقط

من غير توفيق وكذا لو ادعى الفاً وخمسمائة فشهدا له بخمسمائة فانها تقبل بخمسمائة (خانية) وفي التكملة ومن امثلة كون المشهود به اقل ما في الخلاصة ادعى النقرة الجديدة و بين الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم يذكروا جيدة او ردية او وسطاً تقبل ويقضى بالردي اه

تتمة : اذا خالف سن الدابة الدعوى او الشهادة بطلت الدعوى والشهادة (انقروي عن البزازية) وفي جامع الفصولين سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت والمكان فسالهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك اه

﴿ المادة ١٧٠٨ ﴾ اذا كان المدعى به اقل مما شهدت به الشهود وكان المشهود به اكثر لا تقبل شهادتهم

لان المدعي مكذب لهم فلو ادعى عيناً بسبب فشهدا له بالملك المطلق لا تقبل (تنوير) ولو ادعى ملكاً مطلقاً مؤرخاً وشهدوا على مطلق الملك بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل (هندية) وفيها دار في يد رجل ادعى رجل انها بينهُ و بين الذي في يديه نصفين ميراثاً عن ابيه وجحد ذلك الذي في يده وادعى ان كلها له فجاء المدعي بشهود شهدوا ان هذه الدار كانت لابي هذا المدعي مات وتركها ميراثاً له خاصة ولا وارث له غيره فان لم يدع المدعي ان النصف خرج الى الذي في يده بسبب من قبله فشهادة شهودة باطلة وان قال قد كنت بعت نصفها بالف درهم ولم يصدقه القاضي بالبيع ولم يجعله مكذباً بالشهود قضى له بنصف الدار ميراثاً من ابيه وان احضر بينة على انه باع النصف من المدعى عليه بالف درهم او انه صالحه عن الدار على ان يسلم له النصف منها قبلت بينته على ذلك وقضي بالدار كلها ميراثاً للمدعي وقضى بنصف الدار بيعاً من المدعى عليه ان ادعى البيع وكان للمدعي على المدعى عليه الثمن وان كان اقام البينة على الصلح بطل الصلح وترد الدار كلها للمدعي . ادعى ان له نصف الدار مشاعاً والدار في يد رجلين اقتسماها وغاب احدهما فخاصم الحاضر وفي يده نصفها المقسوم فشهدا ان له هذا النصف المقسوم في يد الحاضر

لا تقبل . ادعى جارية في يد رجل وقال كانت هذه الجارية لي وشهد الشهود انها له لا تقبل هذه الشهادة على الاصح ولو ادعى دارًا واستثنى بيتًا منها ومدخلها وحقوقها ومرافقها فشهدوا بالدار ولم يستثنوا الحقوق والمرافق وما ذكره المدعي لا تقبل الا اذا وفق وقال كان الكل لي الا اني بعت البيت والمدخل منها فحينئذٍ تقبل . ادعى الشراء منذ سنة فشهدوا على الشرا ولم يذكروا التاريخ تقبل وعلى القلب لا . ادعى الشرا منذ شهرين وشهدوا به منذ شهر تقبل وعلى القلب لا . اه ما في الهندية وفي الخانية ادعى ان الدار له الا هذا البيت فشهدوا ان جميع الدار له لا تقبل ولكن اذا وفق وقال كانت الدار لي كلها الا اني بعت هذا البيت منه ولم يعلم به الشهود تقبل شهادتهم ولا يحتاج الى اثبات التوفيق بالبينة لانه اقر على نفسه بزوال البيت عن ملكه اه انظر شرح الفقرة الآتية

الا ان يكون الاختلاف بين الشهادة والدعوى قابلاً للتوفيق ويوفق المدعي بينهما ايضاً فحينئذٍ تقبل . مثلاً اذا ادعى المدعي بان هذا المال ملكي منذ سنتين وشهدت الشهود بانه ملكه منذ ثلاث سنوات لا تقبل شهادتهم . كذلك اذا ادعى المدعي بخمسمائة وشهد الشهود بالف لا تقبل شهادتهم ولكن اذا وفق بين الدعوى والشهادة بان قال كان لي عليه الف ولكنه ادى منها خمسمائة وليس للشهود علم بذلك قبلت شهادتهم .

وكذا لو قال ابرأته من خمسمائة وبقي لي خمسمائة فان وفق على هذا الوجه قبلت لان ما اتى به من التوفيق تحتمله الدعوى والشهادة فيقبل ولا يحتاج الى اقامة البينة على التوفيق وهو الصحيح لانه انما يحتاج الى اثبات التوفيق بالبينة اذا كان التوفيق لا يتم به ولا ينفرد باثباته كما لو ادعى الملك بالشرا فشهد الشهود بالملك بالهبة فانه يحتاج الى اثباته بالبينة اما الابراء فيتم به وكذا الاستيفاء فانه اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه فلا يحتاج الى اثبات التوفيق بالبينة ولانه اذا اقر بالاستيفاء يصح اقراره لكنه لا بد من دعوى التوفيق ههنا استحساناً والقياس ان التوفيق اذا كان ممكناً يحمل عليه وان لم يدع التوفيق تصحيحاً للشهادة وصيانة لكلامه وجه الاستحسان ان المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة فان كان التوفيق مراداً تزول المخالفة وان لم

يكن التوفيق مراداً لا تزول فلا تزول بالشك فاذا ادعى التوفيق ثبت التوفيق فزالت المخالفة ولكن لو قال المدعي ما كان لي عليه الا الف درهم فقط لا تقبل شهادتهم (خانية ملخصاً)

﴿المادة ١٧٠٩﴾ اذا ادعى المدعي الملك المطلق بان قال مثلاً هذا البستان ملكي، وشهد الشهود بالملك المقيد بقولهم ان المدعي اشترى هذا البستان من فلان تقبل شهادتهم

لكونها بالاقل مما ادعى فتطابقا معنى وقد مر في المادة ١٧٠٦ انه تكفي المطابقة معنى . قال في الدر المختار المطلق از يد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بسبب مقتصر على وقت السبب اه انظر المادة الاتية

وهو انه اذا شهد الشهود بالملك المقيد على ذلك الوجه سأل الحاكم المدعي بقوله أبهذا السبب تدعي الملك ام بسبب آخر ،فان قال المدعي نعم انا ادعي الملك بهذا السبب قبل الحاكم شهادة الشهودوان قال ادعيه بسبب آخر او لا ادعيه بهذا السبب رد الحاكم شهادتهم

ولو ادعى ملكاً مطلقاً وشهد الشهود على الملك بسبب ثم شهدوا على الملك المطلق لا تقبل شهادتهم ولو شهدوا عَلَى الملك المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل (هندية) وفي الخانية رجل ادعى على رجل ديناً ولم يبين السبب فشهد الشهود بالسبب جازت شهادتهم

﴿المادة ١٧١٠﴾ اذا ادعى المدعي بستاناً مثلاً ملكاً مقيداً ينظر الى قوله فان قال اشتريته ولم يذكر بائعه او قال اشتريته من واحد مبهماً وشهد الشهود بالملك المطلق بقولهم هذا البستان ملكه تقبل شهادتهم لكون الدعوى في حكم دعوى الملك المطلق

اي اذا ادعى الشرا من مجهول بان قال اشتريته من محمد او احمد وهو غير معروف فبرهن على الملك المطلق تقبل لان اكثر ما فيه انه اقر بالملك لبائعه وهو لم

يجز لانه اقر بالملك لمجهول وهو باطل فكانه لم يذكر الشرا (تكملة عن نور العين)

ولكن اذا صرح ببائعه بان قال اشتريته من فلان وشهد الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم

اي اذا نسب المدعي فلاناً الى ابيه وجده ليصير معروفاً لانه اذا لم ينسبه واكتفى بذكر اسمه يبقى مجهولاً فتكون دعوى الشرا حينئذٍ كدعوى الملك المطلق وبه صرح في جامع الفصولين حيث قال الشهادة بالملك المطلق اذا كانت الدعوى ملكاً بسبب كالشرا انما لا تقبل اذا كانت دعوى الشرا من رجل معلوم وهوفلان بن فلان اما اذا قال اشتريته من رجل او قال من محمد تقبل الشهادة على الملك المطلق اه ومثله في الانقروي عن المحيط وفي الهندية عن الخلاصة

لانه اذا ثبت الملك المطلق يثبت وقوعهُ في الاصل فيلزم منه ان يكون المدعي مالكاً لزوائده كلزوم تملكه ثمر البستان الحاصل قبلاً اما اذا ثبت الملك المقيدفلا يثبت الا ابتداءً من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع البيع والشراء فكان المطلق من هذه الحيثية بالنسبة الى الملك المقيد اكثر منه ويكون الشهود والحالة هذه قد شهدوا باكثر من الدعوى فلا تقبل شهادتهم

غيران عدم قبول شهادتهم مقيد بشرطين الاول ان يدعي الشرامن رجل معروف ، والثاني ان لا يدعي القبض مع الشرا اذ لو ادعى الشرا مع القبض فشهدواله بالملك المطلق تقبل كما تقدم في شرح الفقرة السابقة عن البحر ولعل وجه ذلك انه لما ذكر القبض مع دعوى الشرا انتهت احكام العقد فصار من قبيل الملك المطلق والله تعالى اعلم

تتمة : ادعى الشراء فارخه فشهدوا له بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب لا تقبل كذا في الفتح وفي الخانية ادعى ديناً بسبب فشهدوا بالدين المطلق قيل لا تقبل شهادتهم كما لو ادعى ملكاً بسبب فشهد الشهود بالملك المطلق والصحيح انها تقبل تكملة والفرق بين الدين والعين ان العين تحتمل الزوائد في الجملة فكان المطلق فيها اكثر من المقيد وليس كذلك الدين لانه لا يحتمل الزوائد فلم يكن الدين المطلق اكثر من

الدين بسبب ومن ثم لا يكون الشاهد قد شهد باكثر من الدعوى (هندية) وفي الدر المختار ادعى المديون الايصال الى الدائن متفرقاً وشهد شهوده بالايصال مطلقاً او جملة لا تقبل اه ولو ادعى شرآ حصة شائعة فشهدوا له بشرآ حصة معينة لا تقبل شهادتهم وبذلك قرار من محكمة التميز مؤرخ في ٣١ كانون الثاني سنة ١٣١٠ (ج م ٠ عد ٨٦١)

﴿المادة ١٧١١﴾ لا تقبل الشهادة اذا خالفت الدعوى في سبب الدين . مثلا اذا ادعى المدعي الفاً من ثمن مبيع وشهد الشهود على المدعى عليه بالف من جهة القرض فلا تقبل شهادتهم

وكذا لو ادعى على اخر الفاً من ثمن مبيع وشهدوا له بالف من ضمان ناقة غصبها المدعى عليه وهلكت لا تقبل شهادتهم وبمثله في الاقرار تقبل (هندية) وفي التكملة واشار المؤلف الى انه لو ادعاه بسبب فشهدا بسبب آخر كالف من ثمن مبيع فشهدا بالف من ثمن مغصوب هالك لا تقبل وهذا اذا اختلفا فيما هو المقصود فاذا اتفقا فيه كدعوى الف كفالة عن فلان فشهدا بالف كفالة عن اخر فانها تقبل كما في الخلاصة ولو شهدا انه اقر انه كفل له بالف عن زيد وقال الطالب نعم انه اقر كذلك لكن كانت الكفالة عن خالد بها تقبل الشهادة لاتفاقهما على المقصود فلا يضره اختلاف السبب ولو قال الطالب لم يقر كذلك بل اقر انه كفالة خالد فانها لا تقبل لانه اكذب شهوده (بزازية اه)

كذلك اذا ادعى المدعي بان هذا الملك لي ورثته من والدي وشهدت الشهود بانه ورثه من امه لا تقبل شهادتهم

لانه باختلاف هذه الدعوى والشهادة يتبدل سبب الملك وتبدل سبب الملك كتبدل الذات راجع المادة ٩٨ . وكذا اذا ادعى داراً ارثاً عن ابيه فشهدوا له انه اشتراها من ذي اليد لا تقبل الا ان يوفق فيقول اشتريتها من ذي اليد ثم بعتها من ابي ثم مات ابي فورثتها منه فاذا وفق على هذا الوجه وشهد الشهود بذلك يقضى له ولا يثبت هذا التوفيق ما لم يشهد الشهود بالبيع من ابيه لان دعوى البيع من ابيه دعوى على الاب فلا تثبت الا ببينة وكذا لو ادعى الارث اولاً فشهد الشهود بالهبة او الصدقة مكان الشراء لا تقبل ما لم يوفق (خانية)

تتمة : الشهادة لو خالفت الدعوى بزيادة لا يحتاج الى اثباتها او بنقصان كذلك فان ذلك لا يمنع قبولها . مثاله لو شهدا على اقراره بمال فقالا اقر في يوم كذا والمدعي لم يذكر اليوم او شهدا ولم يؤرخا والمدعي ارخ او شهدا انه اقر في بلد كذا وقد اطلق المدعي او ذكر المدعي المكان ولم يذكراه او ذكر المدعى مكاناً وهما ذكرا غيره او قال المدعي اقر وهو راكب فرس او لابس عمامة وقالا اقر وهو راجل او راكب حمار او لابس قلنسوة واشباه ذلك فانه لا يمنع القبول لان هذه اشياء لا يحتاج الى اثباتها فذكرها والسكوت عنها سواء وكذا لو وقع مثل هذا التفاوت بين الشهادتين لا يضر (قاعدية) . ادعى شراء دار في يد رجل وشهد شاهداه ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة وكذا لو سميا الثمن واختلفا في جنسه او في مقداره وان شهدا على اقرار البائع بالبيع ولم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن فشهادتهما باطلة وان قالا اقر عندنا انه باعها منه واستوفى الثمن او لم يسم الثمن فهو جائز (مبسوط) ولو شهدوا بالصلح وقالوا سلم اليه بدل الصلح تقبل والا فلا (صيرفية) . ادعى خمسين ديناراً بسببُ الكفالة وخمسين بسبب القرض فشهدا ان له عليه مائة ولم يذكرا السبب تقبل كذا في نصاب الفقهاء ادعى انه له وقبضه ذو اليد بغير حق وارخ وشهدا بقبض مطلق لا تقبل لان الشهادة بقبض مطلق بلا تاريخ تحمل على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غير الفعل في الحال وكذا لو ادعى قبضها مطلقاً وشهدا بقبض مؤرخ لا تقبل لما مر الا اذا وفق وقال اردت بالمطلق قبضها من ذلك الوقت فتقبل وقيل تقبل فيه بلا توفيق لان المطلق اقوى واكثر من المورخ فشهدا باقل مما ادعاه (جامع الفصولين) . ادعى انه ملكه لانه دفعه مالكه عن دين له عليه وقبضه وشهدا عليه ولم يبينا قدر الدين تقبل لان القاضي لا يحتاج الى ان يقضي بلزوم العوض لانه صار مستوفى حكماً فصار كما لو شهدا بالبيع والتقابض ولم يذكرا قدر الثمن (قاعدية) ادعى فعل نفسه وبرهن على فعل وكيله او على العكس او ادعى انه ملكي شريته من فلان بكذا فقال الشاهد شرى وكيله لا يقضى له بالملك لانه اذا ادعى الشرا بنفسه وشهدوا على شرا وكيله فلا موافقة اذ ترجع حقوق العقد على العاقد كيف وان على احد الطريقين لاصحابنا الوكيل يصير مشترياً لنفسه اولاً ثم يصير بائعاً من موكله فلم توافق الدعوى (جامع الفصولين) وفيه قال المديون قضيت حقه وشهدا ان وكيل المديون قضى تقبل اذ ليس له حقوق اه عن الانقروي وفي الهندية ادعى داراً وبرهن وحكم

له بالبنا تبعاً ثم اقر المقضي له ان البنا للمقضى عليه او برهن المقضي عليه بذلك فالبنا للمقضي عليه ولا يبطل القضا في حق الارض ولو نص الشهود في شهادتهم على البنا ايضاً واتصل به القضا ثم اقر المدعي له بطل فان برهن المدعى عليه ان البنا له لم يقض له به . اذا شهدوا عَلَى دار لرجل فلما زكوا قال المدعى عليه البنا لي انا بنيته واراد ان يقيم البينة على ذلك فان كان شهود المدعي حضوراً يسالهم القاضي عن البنا فان قالوا البنا لمدعي الدار لا يلتفت القاضي الى قول المدعى عليه وان قالوا لا ندري لمن البنا الا انا نشهد ان الارض للمدعي فليس ذلك باكذاب لشهادتهم ويقضي القاضي للمدعى عليه بالبنا ان اقام بينة ويؤمر بالهدم وتسليم الارض الى المدعي وان لم يحضر المدعى عليهِ بينته على البنا قضى عليهِ القاضي بالارض بشهادة شهود المدعي واتبع الارض البناء فان جاء المدعى عليه بعد ذلك بالبينة ان البناء بناؤه اخذه لان القاضي لم يقض عَلَى المدعى عليه بالبناء بشهادة شهود المدعي وفي المنتقى لو شهدوا بالدار للمدعي ثم ماتوا او غابوا فلم يقدر عليهم فلما اراد القاضي ان يقضي ببنائها قال المدعى عليه انا اقيم البينة ان البناء بنائي انا بنيته لم يقبل منه ذلك ويقضى للمدعي ببنائها . رجل ادعى داراً في يد رجل انها له واقام البينة وقضى له ثم اقر بها المقضي له انها دار فلان لرجل غير المقضي عليه لا حق للمدعي فيها فصدقه المقر له او كذبه لا يبطل قضا القاضي ولو قال المقضي له هذه الدار ليست لي وانما هي لفلان وصدقه المقر له في ذلك فالدار للمقر له ولا ضمان على المقر للمقضي عليه اه

الفصل الخامس

في بيان اختلاف الشهود

اعلم كما انه يشترط لقبول الشهادة موافقتها للدعوى كذلك يشترط ايضاً مطابقة الشهادتين غير انه في الدعوى يكتفى بالموافقة معنى كما مر في المادة ١٧٠٦ ولكن في الشهادتين لا بد من المطابقة لفظاً ومعنى عند الامام الاعظم اما عند صاحبيه فيكفي الاتفاق بالمعنى فقط والمعتمد قول الامام وعليه المتون كالتنوير والغرر والملتقى وغيرها

والمراد باتفاق الشاهدين لفظاً تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فلو ادعى على اخر مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين واخر بثلاثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم الموافقة لفظاً وعندهما يقضى باربعة لان احد الشهود شهد باربعة واخر بخمسة والخمسة تتضمن الاربعة معنى فكانهما اتفقا عليها والذي يظهر من هذا ان الامام اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع وان الامامين اكتفيا بالموافقة المعنوية ولو بالتضمن ولم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين وليس المراد ان الامام اشترط التوافق في اللفظ والتوافق في المعنى الوضعي والا اشكل عليه ما فرعه عليه من انه لو شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل فانه اللفظين فيهما مختلفان ولكنهما توافقا على معنى واحد افاده كل منهما بطريق الوضع ويدل على هذا التوفيق ايضاً ما نقله الزيلعي عن النهاية حيث قال اذا كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادتهما نحو ان يشهد احدهما على الهبة والاخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علماً عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها اه وهذا بخلاف الفرع السابق فان الخمسة معناها المطابقي لا يدل على الاربعة بل تضمنها ولذا لم يقبلها الامام وقبلها صاحباه لاكتفائهما بالتضمن والحاصل انه لا يشترط عند الامام الاتفاق على لفظ بعينه بل اما بعينه او بمرادفه وقول صاحب النهاية الذي قدمناه عن الزيلعي لان اللفظ ليس بمقصود مراده به ان التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقاً كما ظن بعضهم فافهم (تكملة ملخصاً) واذا تقرر هذا نقول لو شهد احد الشاهدين بالهبة والاخر بالعطية تقبل لاتحاد معناها مطابقة لان كلاً من لفظ الهبة والعطية يؤذن بالتبرع فصار كان اللفظ متحداً ايضاً وكذا كل لفظين دلا على معنى واحد بالمطابقة فان الاختلاف فيهما لا يمنع القبول كما اذا ادعى الابراء فشهد احدهما به والاخر على انه وهبه له او تصدق عليه به او ملكه منه فانها تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما انه دفع له الشيء الفلاني على وجه الامانة واقتصر الاخر على لفظ اعطاه فانها لا تقبل لان اللفظ الثاني وهو اعطى يدل على التبرع لا يضره التفريط بخلاف الاول وهو دفعه امانة فان التفريط يضره ومثله لو ادعى الفين فشهد احدهما بالف والاخر بالفين او ادعى مائتين وشهد احدهما بمائة والاخر بمائتين لا تقبل

شهادتهما لعدم الاتفاق لفظاً ولان الدلالة على الاقل بالتضمن غير معتبرة عند الامام كما قدمنا ولكن لو شهد احدهما بالف والاخر بالف ومائة تقبل علي الالف ان ادعى المدعي الاكثر اي الالف والمائة لان الشاهدين هنا اتفقا على الف في شهادة احدهما بالف والاخر بالف ومائة اما لو ادعى الاقل فلا تقبل لان المدعي كذب من شهد بالزيادة الا ان يوفق باستيفاء او ابراء بان يقول كان لي عليه الف ومائة الا انه اوفاني المائة او ابرأته منها بغير علم الشاهد فحينئذٍ تقبل (راجع المادة ١٧٠٨) ولو شهدا احدهما بالعشرة والاخر بالخمسة عشر لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ذكره الزيلعي ولكن قال في القنية ينبغي ان تقبل وهو الاشبه لان العاطف مقدر فيه ولذلك بني والمقدر كالملفوظ بخلاف التثنية ولان جزء لفظه يدل على جزء معناه اذ ليس هو علماً ولكن صرح في البزازية بخلافه وهو محل تامل . ثم اعلم ان اشتراط الموافقة بين الشهادتين لفظاً بحسب الوضع انما هو في الدين لا العين فلو شهد احدهما ان هذين العبدين لهذا المدعي وشهد الاخر ان هذا العبد له قبلت اتفاقاً على العين الواحد الذي اتفقا عليه (درر) ولو ادعى غصباً او قتلاً فشهد احدهما به والاخر بالاقرار به لم تقبل لان اختلافهما في الانشا والاقرار وقع في الفعل فمنع قبول الشهادة وكذا لا تقبل الشهادة في كل قول جمع مع فعل بان يكون القول من احد الشاهدين والفعل في لفظ الاخر كما لو ادعى الفاً فشهد احدهما بالدفع والاخر بالاقرار به لا تقبل للجمع بين قول وفعل ومن هذا القبيل ما في جامع الفصولين لو شهد احدهما بالغصب والاخر بالاقرار به او شهد احدهما بايداعه والاخر انه اقر بايداعه وكذا لو ادعى رهناً فشهد احدهما بمعاينة القبض وشهد الاخر ان الراهن اقر بقبض المرتهن وكذا لو شهد احدهما ان المدعى به بيد المدعي وشهد الاخر انه اقر انه بيده لا تقبل اه وقس عليه كل شهادة في قول جمع مع فعل فانها لا تقبل الا اذا اتحدا لفظاً كشهادة احدهما ببيع او قرض والاخر بالاقرار به فتقبل لاتحاد صيغة الانشا والاقرار فانه يقول في الانشا بعت واقترضت وفي الاقرار كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول بخلاف شهادة احدهما بقتله عمداً بسيف والاخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرار الفعل بتكرار الالة ثم اعلم انه لا يضر الاختلاف بين الدعوى والشهادة في قول مع فعل بخلاف اختلاف الشاهدين في ذلك لان الموافقة المعنوية يكتفى بها

بين الشهادة والدعوى واما بين الشهادتين فلا بد من الموافقة في اللفظ والمعنى عند الامام الاعظم كما قدمنا اه ملخصاً عن التنوير وشرحه للعلائي والتكملة

تتمة : اختلاف الشاهدين يمنع من قبول الشهادة الا في اربعين مسالة الاولى شهد احدهما ان عليه الف درهم وشهد الاخر انه اقر بالف درهم تقبل . الثانية ادعى كر حنطة جيدة فشهد احدهما بالجيدة والاخر بالردية تقبل بالردية و يقضى بالاقل . الثالثة ادعى مائة دينار فقال احدهما نيسابورية والاخر تجارية والمدعي يدعي نيسابورية وهي اجود يقضى بالتجارية بلا خلاف ومثله لو شهد احدهما بالف بيض والاخر بالف سود والمدعي يدعي الافضل تقبل عَلَى الاقل ووجهه في المسائل الثلاث انهما اتفقا على الكمية وانفرد احدهما بزيادة وصف ولو كان المدعي يدعي الاقل لا تقبل الا ان يوفق بالابراء ونحوه . الرابعة شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابداً عَلَى ان لزيد ثلث غلتها وشهد اخر ان لزيد نصفها تقبل على الثلث وهكذا الحكم لو شهد احدهما بالكل والاخر بالنصف فانه يقضى بالنصف المتفق عليه اذا كان المدعي يدعي الاكثر ولا فرق بين كون المدعى عليه يقر بالوقف و ينكر الاستحقاق او ينكرهما واقيمت البينة بما ذكر افاده طحطاوي . الخامسة ادعى انه باع بيع الوفا فشهد احدهما به والاخر ان المشتري اقر بذلك تقبل لان في البيع يتحد لفظ الانشا ولفظ الاقرار ولا خصوصية لبيع الوفا ولا للبيع بل كل قول كذلك بخلاف الفعل كما في جامع الفصولين . السادسة شهد احدهما انها جاريته والاخر انها كانت له تقبل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان (طحطاوي) السابعة ادعى الفاً مطلقاً فشهد احدهما على اقراره بالف قرض والاخر بالف وديعة تقبل وان ادعى احد السببين لا تقبل لانه اكذب شاهده (بزازية) كما لو شهد احدهما بالف قرض والاخر بالف وديعة فانها لا تقبل (بحر) ولعل وجهه ان القرض فعل والايداع فعل آخر بخلاف الشهادة على الاقرار بالقرض والاقرار بالوديعة فان الاقرار بكل منهما قول وهو جنس واحد والمقر به وان كان جنسين لكن الوديعة مضمونة عند الانكار والشهادة انما قامت بعد الانكار فكانت شهادة كل منهما قائمة على اقراره بما يجب الضمان . الثامنة ادعى الابراء فشهد احدهما به والاخر انه وهبه منه او تصدق عليه او حلله جاز لان هبة الدين من المديون والتصدق به عليه وتحليله منه ابرأ له (طحطاوي) بخلاف ما اذا شهد احدهما بالهبة والاخر بالصدقة فانها لا تقبل (بحر) . التاسعة ادعى ان الدائن

وهبه الدين فشهد احدهما بالبراءة والاخر بالهبة او انه حلله جاز والوجه فيها ما ذكر في سابقتها (طحطاوي) . العاشرة ادعى الكفيل الهبة فشهد احدهما بها والاخر بالابراء جاز وثبت الابراء لانه اقلهما فلا يرجع الكفيل عَلَى الاصيل (بزازية) لان ابراء الطالب للكفيل لايوجب رجوع الكفيل عَلَى الاصيل بخلاف هبة الطالب الكفيل الحادية عشرة ادعى رجل عبداً في يد رجل فانكره المدعى عليه فبرهن المدعي بالبينة فشهد احدهما على اقراره انه اخذ منه العبد والاخر على اقراره بانه اودع منه هذا العبد تقبل لاتفاقهما على الاقرار بالاخذ. الثانية عشرة شهد احدهما انه غصبه منه والاخر ان فلاناً اودع منه هذا العبد تقبل . الثالثة عشرة شهد احدهما ان المدعى عليه اقر ان الدار للمدعي وشهد الاخر ان المدعي سكن فيها تقبل اذ هي الشهادة بثبوت يد المدعي عليها والاصل في اليد الملك فقد وافقت الاولى . الرابعة عشرة انكر اذن عبده فشهد احدهما على اذنه في الثياب والاخر عَلَى اذنه في الطعام تقبل لان الاذن في نوع يعم الانواع كلها لانه لا يتخصص بنوع كما ذكروه في المأذون بخلاف ما اذا قال احدهما اذنهُ صريحًا وقال الاخر رآه يبيع ويشتري فسكت فانها لا تقبل . الخامسة عشرة اختلف شاهدا الاقرار بالمال في كونه اقر بالعربية او الفارسية تقبل . السادسة عشرة اختلفا في مقدار المهر يقضى بالاقل (بزازية) وفي جامع الفصولين شهدا ببيع او اجارة او طلاق واختلفا في مقدار البدل لا تقبل، الا في النكاح تقبل ويرجع في المهر الى مهر المثل ووجه عدم القبول في البيع ونحوه ان العقد بالف مثلاً غير العقد بالفين اما النكاح فان المال فيه غير مقصود ولذا صح بدون ذكره بخلاف البيع ونحوه اه (انظر المادة ١٧١٥) السابعة عشرة شهد احدهما انه وكله بخصومة فلان في دار سماها وشهد الاخر انه وكله بخصومة فيها او في شيء اخر تقبل في الدار التي اتفق عليها الشاهدان دون مازاد الاخر اذ الوكالة تقبل التخصيص وفيما اتفقا عليه تثبت الوكالة لانهما تفرد به احدهما فلو ادعى وكالة معينة فشهد احدهما بها وشهد الاخر بوكالة عامة ينبغي ان تثبت المعينة . الثامنة عشرة شهد احدهما انه وقفه في صحته والاخر انه وقفه في مرضه قبلا اذا شهدا بوقف بات الا ان حكم المرض ينتقض فيما لا يخرج من الثلث وبهذا لاتمتنع الشهادة كما لو شهد احدهما انه وقف ثلث ارضه والاخر انه وقف ربعها (جامع الفصولين) قال في الاسعاف ثم اذ خرجت من ثلث ماله كان كلها وقفاً والا فبحسابه ولو قال احدهما وقفها في صحته وقال الاخر جعلها وقفاً بعد وفاته لم تقبل وان

خرجت من الثلث لان الثاني شهد بانها وصية وهما مختلفان اه ٠ التاسعة عشرة شهد احدهما انه اوصى اليه يوم الخميس وشهد الاخر انه اوصى اليه يوم الجمعة جازت لانها كلام لا تختلف بزمان ومكان ولوالجية ٠ العشرون ادعى مالاً فشهد احدهما ان المحال عليه احال دائنه بهذا المال وشهد الاخر انه كفل عن مديونه بهذا المال تقبل (قنية) صورته ادعى زيد على عمرو مالاً واقام زيد شاهدين شهد احدهما ان عمرواً محال عليه يعني ان دائنه احال زيداً عليه بماله عليه من الدين وشهد الثاني ان عمرواً كفل عن مديون زيد بهذا المال فيقضى بالكفالة لانها اقل ٠ الحادية والعشرون شهد احدهما انه باعه كذا الى شهر وشهد الاخر انه باعه ولم يذكر الاجل تقبل ٠ الثانية والعشرون شهد احدهما انه باع بشرط الخيار والاخر بلا خيار تقبل ويثبت البيع وان لم يثبت الشرط في هذه المسالة والاجل في المسالة السابقة ٠ الثالثة والعشرون شهد واحد انه وكله بالخصومة في هذه الدار عند قاضي البصرة والاخر عند قاضي الكوفة جازت شهادتهما على اصل الوكالة بالخصومة الرابعة والعشرون شهد احدهما انه وكله بالقبض والاخر انه جرّاه تقبل لان الجراية والوكالة سواء والجري والوكيل سواء فقد اتفق الشاهدان في المعنى واختلفا في اللفظ وانه لا يمنع ٠ الخامسة والعشرون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه سلطه على قبضه تقبل ٠ السادسة والعشرون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه اوصى اليه بقبضه في حياته تقبل لان الوصاية في الحياة وكالة كما ان الوكالة بعد الموت وصاية ٠ السابعة والعشرون شهد احدهما انه وكله بطلب دينه والاخر بتقاضيه تقبل ٠ الثامنة والعشرون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر بطلبه تقبل ٠ التاسعة والعشرون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه امره باخذه او ارسله لياخذه تقبل ٠ الثلاثون اختلفا في زمن اقراره بالوقف تقبل (انظر المادة ١٧١٣) الحادية والثلاثون اختلفا في مكان اقراره تقبل ٠ الثانية والثلاثون شهد احدهما بوقفها على زيد والاخر بوقفها على عمر تقبل وتكون وقفاً على الفقراء لاتفاق الشاهدين على الوقف وهو صدقة ٠ الثالثة والثلاثون اختلفا في تاريخ الرهن بان شهد احدهما انه رهن يوم الخميس والاخر انه رهن يوم الجمعة تقبل عندهما خلافاً لمحمد كما في جواهر الفتاوى قال في جامع الفصولين ولو شهدا برهن واختلفا في زمانه ومكانه وهما يشهدان على معاينة القبض تقبل وكذا شراء وهبة وصدقة لان القبض قد يكون غير مرة اه الرابعة والثلاثون

اتفق الشاهدان على الاقرار من واحد بمال واختلفا فقال احدهما كنا جميعاً في مكان كذا وقال الاخر كنا في مكان كذا تقبل وكذا لو قال احدهما والمسألة بحالها كان ذلك بالغداة وقال الاخر كان ذلك بالعشي فانها تقبل · الخامسة والثلاثون ادعى ملكية دار فشهد له احدهما انها له او قال ملكه وشهد الاخر انها كانت ملكه تقبل كما في منية المفتي · السادسة والثلاثون ادعى الفاً وخمسمائة فشهد له احدهما بالالف والاخر بالف وخمسمائة قضي له بالالف اجماعاً لاتفاقهما على الالف لفظاً ومعنى وقد انفرد احدهما بخمسمائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه بخلاف الالف والالفين لان لفظ الالف غير لفظ الالفين ولم يثبت واحد منها (بحر) · السابعة والثلاثون لو شهدا ان له على هذا الرجل الف درهم وزاد احدهما بان المطلوب قضى منها خمسمائة والطالب ينكر ذلك فان شهادتهما على الالف مقبولة الثامنة والثلاثون ادعى جارية في يد رجل وجاء بشاهدين فشهد احدهما انها جاريته غصبها منه هذا وشهد الآخر انها جاريته ولم يقل غصبها منه قبلت الشهادة (مجمع الفتاوى) التاسعة والثلاثون شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها تقبل عنده خلافاً لهما (جامع الفصولين) ولكن استظهر صدر الشريعة قولهما وهذا اذا لم يذكر المدعي لونها ·الاربعون ادعت ارضاً فشهد لها احدهما انها ملكها لان زوجها دفعها اليها عوضاً عن الدستيمان (وهو ما يدفعه الزوج للمرأة لاجل الجهاز) وشهد الاخر انها تملكها لان زوجها اقر انها ملكها تقبل لان كل بائع مقر بالملك لمشتريه فكأنهما شهدا انها ملكها وقيل ترد لانه لما شهد احدهما انه دفعها عوضاً وشهد بالعقد وشهد الاخر باقراره بالملك اختلف المشهود به اما لو شهد احدهما ان زوجها دفعها عوضاً وشهد الاخر باقراره بانه دفعها عوضاً تقبل لاتفاقهما كما لو شهد احدهما بالبيع والاخر باقراره به اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المحتار

❋ المادة ١٧١٢ ❋ اذا اختلف الشهود في المشهود به لاتقبل شهادتهم مثلاً لو شهد احد الشهود بالف قرش ذهباً والاخر بالف فضة لاتقبل شهادتهما

وكذا لو ادعى الفاً فشهد احد الشاهدين بالف قرضاً والاخر بالف ثمن متاع لا تقبل لانه لا يمكن تصديق الشاهدين اذا صدق احدهما فقد كذب الاخر

(خانية) وفيها رجل اشترى شيئًا فادعى به عيبًا واقام شاهدين فشهد احدهما انه باعه و به هذا العيب وشهد الاخر عَلَى اقرار البائع بالعيب لا تقبل اه وفيها رجل عليه الف درهم لرجل فادعى انه اوفاه دينه واقام شاهدين شهد احدهما بالايفاء وشهد الاخر على اقرار صاحب المال بالاستيفاء لا تقبل كما لو ادعى على رجل غصبًا واقام شاهدين شهد احدهما بالغصب والاخر على الاقرار بالغصب وكذا لو ادعى الغريم الايفاء فشهد احد الشاهدين على اقرار صاحب المال بالاستيفاء وشهد الآخر ان صاحب المال ابرأ الغريم لا تقبل ولو ادعى الغريم ان صاحب المال ابرأه فشهد احد الشاهدين بذلك والاخر ان صاحب المال وهب له المال او تصدق به عليه جازت شهادتهما ولو ادعى الغريم الايفاء فشهد احد الشاهدين عَلَى اقرار صاحب المال بالاستيفاء وشهد الاخر على الهبة او الصدقة لا تقبل اه وفي الهندية لو شهد احدهما بعشرين والاخر بخمسة وعشرين تقبل على العشرين بالاجماع اذا ادعى المدعي خمسة وعشرين اما اذا ادعى عشرين فلا تقبل بالاجماع ما لم يوفق واذا شهد احدهما بالف درهم سود والاخر بالف درهم بيض فان ادعى المدعي البيض تقبل شهادتهما وان ادعى السود لا تقبل الا ان يوفق فيقول اني ابرأته من صفة الجودة وقد علم به ذلك الشاهد ولم يعلم الشاهد الاخر فاذا وفق عَلَى هذا الوجه تقبل شهادتهما على السود وكذا هذا الحكم في جميع المواضع في الجنس الواحد اذا اتفقا على قدر او وصف واختلفا فيما زاد على ذلك تقبل الشهادة فيما اتفقا عليه ان ادعى المدعي افضلهما وان ادعى اقلهما لا تقبل اصلاً اما اذا اختلفا في الجنس فلا تقبل شهادتهما كيفما اختلفا بان شهد احدهما على كر حنطة والاخر على كر شعير ولو ادعى الملك المطلق وشهد احدهما بسبب والاخر مطلقًا تقبل و يقضى بالملك الحادث وان ادعى بسبب وشهد احدهما به والاخر مطلقًا لا تقبل ولو شهد احدهما على الملك المؤرخ والاخر على الملك المطلق ان ادعى المدعي الملك المؤرخ لا تقبل شهادتهما وان ادعى الملك المطلق تقبل و يقضي بملك مورخ . ادعى ملكاً فشهد احدهما انه ملكه والاخر على اقرار المدعى عليه انه ملك المدعي لا تقبل بخلاف ما اذا شهد احدهما بالدين والاخر بالاقرار به فانها تقبل اه

﴿ المادة ١٧١٣ ﴾ اذا اوجب اختلاف الشهود في الشيء المتعلق

بالمشهود به الاختلاف في المشهود به لاتقبل شهادتهم والا تقبل

فمن الاول ما لو شهدا حدهما انه سرق بقرة وشهد الاخر انه سرق ثوراً او حماراً فانها لا تقبل (هندية) وكذا لو اختلفا في آلة القتل بان شهد احدهما بالقتل بعصا وشهد الاخر بالقتل بسيف لا تقبل وكذا اذا شهد احدهما انه قتله عمداً وشهد الاخر انه قتله خطأ لا تقبل وكذا لو قال احدهما قتله بالسيف وقال الاخر لااحفظ الذي قتل به لا تقبل (هندية) ومن الثاني ما لو ادعى المديون ان الدائن وهب منه الدين فشهد احدهما بالهبة والاخر بالابراء قبلت شهادتهما (خانية) وكذا لو ادعى المديون انه ادى الدين الى امين الدائن واخذ منه السند واحضر شاهدين شهدا على الاداء وقال احدهما ان الامين اعطى المديون السند وقال الاخر اعطاه البوصلة فهذا الاختلاف لا يمنع قبول الشهادة الا انه يلزم استحضار الامين الى المحاكمة واستماع الشهود بحضوره و بذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٢٥ مارت ٣١١ (ج ٠م٠ عد ٨٧٢)

بناء عليه اذا شهد احد الشهود بالفعل في زمان معين او مكان معين وشهد الاخر بالفعل في زمان اخر ومكان اخر في الامور التي هي عبارة عن الفعل الصرف كالغصب وايفاء الدين

والجناية والقتل وثبوت النسب لانه يكون بالولادة وهي فعل والنكاح فانه وان كان قولاً الا انه يشترط لصحته حضور الشاهدين وهو فعل فالحق بالفعل (تكملة)

فلا تقبل شهادتهما لان اختلافهما هذا يوجب الاختلاف في المشهود به واما اختلاف الشهود في الزمان والمكان في ما كان من قبيل القول كالبيع والشراء والاجارة والكفالة والحوالة والهبة والرهن والدين والقرض والابراء والوصية فلا يمنع قبول شهادتهم لانه لا يوجب الاختلاف في المشهود به٠ مثلاً اذا ادعى انه ادى دينه فشهد احد

الشهود انه قد اداه في بيته وشهد الاخر انه اداه في حانوته لاتقبل شهادتهما

وكذا لو شهد احدهما بانه اداه منذ شهر وشهد الاخر بانه اداه منذ شهرين لا تقبل . قال في الخانية واذا كان المشهود به من جنس الفعل حقيقة وحكمًا كالغصب والجناية واختلاف الشهود في المكان او في الزمان او في الانشا او في الاقرار لا تقبل شهادتهم ولو كان المغصوب هالكاً فشهدا عَلَى القيمة شهد احدهما ان قيمته الف وشهد الاخر على اقرار الغاصب ان قيمته الف لا تقبل شهادتهما وكذا لو شهد احدهما بالغصب والاخر بالاقرار به اه

اما اذا ادعى مالاً في يد الاخر بقوله كنت بعتني هذا المال بكذا دراهم فسلمني اياه وشهد احد الشهود بانه باعه في الدار الفلانية وشهد الاخر بانه باعه اياه في الحانوت الفلاني فتقبل شهادتهما لان الفعل لا يكرر ولا يعاد ولكن القول يمكن ان يكرر ويعادلا سيما وان صورة الاخبار كصورة الانشاء كبعت واشتريت

وكذا اذا اختلفا في الشهور والايام والساعات او في الانشا والاقرار بان شهد احدهما على البيع والاخر على الاقرار به جازت شهادتهما ولا يضرها هذا الاختلاف الا ان يقولا كنا مع الطالب في موضع واحد في يوم واحد فاذا اقرا بذلك ثم اختلفا في الايام والمواطن والبلدان فان ابا حنيفة رحمه الله تعالى قال اجيز الشهادة وعليهم ان يحفظوا الشهادة دون الوقت وقال ابو يوسف الامر كما قال ابو حنيفة في القياس وانا استحسن وابطل هذه الشهادة بالتهمة الا ان يختلفا في الساعتين من يوم واحد فيجوز ولو اختلفا في الثياب التي عَلَى الطالب او المطلوب او المركب او قال احدهما كان معنا فلان وقال الاخر لم يكن معنا فلان ذكر في الاصل انه يجوز ولا تبطل هذه الشهادة وان اختلاف الشهود في عقد لا يثبت حكمه الا بفعل القبض كالهبة والصدقة والرهن فان شهدا عَلَى معاينة القبض واختلفا في الايام والبلدان جازت شهادتهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى والقياس ان لا تقبل وهو قول محمد وزفر (خانية) قلت ويؤخذ من هذه المادة اختيار قول الامامين

بدلالة اطلاق القول والتمثيل في صورة قبول الشهادة بالرهن والهبة ٠ وان شهدوا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت الشهادة في قولهم ولو شهدا عَلَى الرهن فشهد احدهما على معاينة القبض والاخر على اقرار الراهن بالقبض لا تقبل هذه الشهادة ويكون الرهن في هذا بمنزلة الغصب وان اختلف شهود الرهن في جنس الدين او مقداره لا تقبل كما لو اختلف شهود البيع في جنس الثمن ومقداره (خانية)

وفي الهندية اقام شاهدين عَلَى الصلح فالجأهما القاضي الى بيان التاريخ فقال احدهما انه كان منذ سبعة اشهر او اقل او اكثر وقال الاخر اظن انه كان منذ ثلاث سنين او ازيد لا تقبل لما اختلفا هذا الاختلاف الفاحش وان كانا لا يحتاجان الى بيان التاريخ ولو ادعى القتل فشهد احدهما به والاخر على اقرار القاتل به لا تقبل ولو شهدا على اقرار القاتل في وقتين او مكانين جازت اه وفي الحامدية عن البزازية لو سأل القاضي الشاهدين عن الزمان والمكان فقالا لا نعلم تقبل لانهما لا يكلفان به اه

❊ المادة ١٧١٤ ❊ اذا اختلف الشهود في لون المال المغصوب او في كونه ذكراً او انثى فلا تقبل شهادتهم ٠ مثلاً اذا شهد احد الشهود في الدابة المغصوبة بانها شهباء وشهد الآخر بانها سوداء او حمراء او شهد احدهما بانها ذكر وشهد الاخر بانها انثى فلا تقبل شهادتهما

وفي الانقروي عن البزازية في الشهادة على استهلاك الدابة لا يشترط ذكر اللون ويشترط ذكر الانوثة والذكورة وعد الذكور والاناث وذكر القيمة عند الهلاك والاستهلاك ولو سأل القاضي عن اللون فذكروا ثم شهدوا عند الدعوى وذكروا لوناً آخر تقبل والتناقض فيما لا يحتاج اليه لا يضره اصله ٠ في الجامع الصغير اختلفا في لون الدابة في دعوى السرقة تقبل عنده لا عندهما لانه كالسكوت عن ذكر اللون ولو اختلفا في الذكورة والانوثة لا تقبل بالاجماع وفي الغصب لو اختلفا في لون الدابة يمنع اجماعاً

استطراد : قال في الخانية رجل ادعى على رجل الفاً وقال خمسمائة منها ثمن متاع قبضه وخمسمائة منها ثمن عبد قبضه وجاء بشاهدين شهد احدهما على خمسمائة ثمن عبد قبضه والاخر على خمسمائة ثمن متاع قبضه جازت شهادتهما فيقضى على المدعى عليه بالف وان لم يكن على خمسمائة الاشهادة شاهد واحد وبشهادة الفرد لا يثبت السبب

وكذا لو شهد احدهما بالف بذلك السبب وشهد الاخر بالف مطلقاً وكذا لو شهد كل على اقراره بالف مطلقاً او شهد احدهما على اقراره بالف بذلك السبب وشهد الاخر على اقراره بالف مطلقاً جازت شهادتهما اه

﴿المادة ١٧١٥﴾ اذا اختلف الشهود في قدر البدل في دعوى العقد لا تقبل شهادتهم. مثلاً اذا شهد احدهما بان المال بيع بخمسمائة وشهد الاخر انه بيع بثلاثمائة لا تقبل شهادتهما

هذا التمثيل غير ظاهر لانه لو شهد احدهما بخمسمائة والاخر بثلاثمائة لا تقبل مطلقاً سواء كان في دعوى العقد او القرض او الدين وذلك لاختلاف الشاهدين لفظاً ومعنى كما قدمنا في اول هذا الفصل فكان ينبغي ان يمثل له بان شهد احدهما بالف والاخر بالف ومائة كما فعل في الملتقى وشرحه مجمع الانهر حيث قال ولو شهد احدهما بالشرا بالف وشهد الاخر بالشرا بالف ومائة ردت شهادتهما لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولا فرق بين ان يكون المدعي هو البائع او المشتري وبين ان يدعي اقل المالين او اكثرهما اه ومثله الرهن ان ادعى الراهن اذ مقصوده اثبات العقد وان ادعى المرتهن فكدعوى الدين اذ مقصوده المال فتقبل على الاقل ان ادعى الاكثر والاجارة كالبيع لو في اول المدة للحاجة لاثبات العقد وكالدين بعدها لو المدعي المؤجر ولو المدعي المستاجر فدعوى عقد اتفاقاً (تنوير) اي اذا كانت دعوى الاجارة في اول المدة لا تثبت اذا اختلفا الشاهدان في البدل سواء كان المدعي هو المؤجر او المستأجر وان كانت الدعوى بعد انقضا مدة الاجارة فان كان المدعي هو المؤجر فحكم دعوى الاجارة حكم دعوى الدين اذا سلمت العين المؤجرة الى المستأجر انتفع بها او لا وان كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى عقد بالاتفاق لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين ولا اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف (تكملة ملخصاً) . وفي الهندية اذا طلب الشفيع الشفعة فاقام شاهدين شهد احدهما انه اشترى بالف درهم وشهد الاخر انه اشترى بالفين والمشتري يقول اشتريتها بثلاثة آلاف لا تقبل شهادتهما وكذا لو شهد احدهما بالشرا بالف درهم وشهد الاخر بمائة دينار لا تقبل . لو شهد احدهما على الشرا مع العيب والاخر على

اقرار البائع بالعيب لا تقبل . اذا شهد احدهما ان فلاناً احاله عَلَى هذا بالف درهم
وشهد الاخر انه احاله بمائة دينار لا تقبل ولو شهد احدهما بالف درهم والاخر بالف درهم
ومائة دينار تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الدراهم والدنانير جملة اما اذا كان
يدعي الدراهم وحدها لا تقبل . شهد احد الشاهدين عَلَى الكفالة بهذا اللفظ اشهد ان
فلاناً قال ان لم يعط فلان مال فلان هذا لستة اشهر فانا ضامن اني اعطي هذا المال
وشهد الاخر بهذا اللفظ اشهد ان فلاناً قال ضمنت هذا المال لفلان هذا لستة اشهر
لا تقبل . شهد احد الشاهدين على اقرار ذي اليد ان العبد للمدعي وشهد الاخر انه
اقر بانه اشتراه من المدعي وقال المدعي ان صاحب اليد اقر بما قال الشاهد الا انّي
لم ابع منه شيئاً تقبل البينة و يقضى بالعبد للمدعي ولو قال المدعي ان صاحب اليد اقر
باحد الامرين لا تقبل . اذا شهد شاهد على رجل انه اقر انه اخذ هذا العبد من فلان
وشهد آخر انه اقر ان هذا العبد لفلان لم يقض للمشهود له بشيء . لو شهد احدهما انه اقر
انه اخذه منه وشهد الاخر انه اقر انه اودعه منه جازت شهادتهما حتى يؤمر المدعى عليه
برد العبد على المدعي ولكن لا يقضى له بالملك وكذلك لو ان الذي شهد بالوديعة لم
يشهد بالوديعة انما يشهد انه اقر انه دفعه اليه فلان . لو شهد احدهما ان صاحب اليد
اقر انه غصبه من هذا المدعي وشهد اخر انه اقر ان هذا المدعي اودعه اياه او انه اقر
انه اخذه من هذا المدعي قبلت شهادتهما وامر المدعى عليه بالرد على المدعي ولكن لا
يقضى بالملك للمدعي و يبقى المدعى عليه على حجته في الملك حتى لو اقام المدعى عليه بعد
ذلك بينة ان العين له قضي له بها . لو شهد احدهما انه اقر ان لهذا المدعى عليه الف
درهم قرض وشهد الاخر انه اقر انه اودعه الف درهم تقبل هذا اذا ادعى المدعي
الالف مطلقاً اما اذا ذكر احد السببين في الدعوى فقد كذب احد الشاهدين فلا
تقبل هذا اذا شهدا على اقراره واختلفا في الجهة اما اذا شهد احدهما ان لهذا المدعي
عليه الف درهم قرضاً وشهد الاخر ان له عنده الف درهم وديعة فلا تقبل اه ما في
الهندية . وفي الانقروي عن البزازية برهن المالك فشهد احدهما ان قيمة الغصب كذا
وشهد الاخر على اقرار الغاصب به لا تقبل اه وفي جامع الفصولين ادعى كفالة فشهدا
باقراره بها او شهد احدهما بها والاخر باقراره بها تقبل اه

الفصل السادس

في تزكية الشهود

﴿المادة ١٧١٦﴾ اذا شهد الشهود سأل الحاكم المشهود عليه بقوله ما تقول في شهادة هذين اهما صادقان ام لا فان قال المشهود عليه هما عدلان او صادقان في شهادتهما هذه فانه يكون قد اقر بالمدعى به و يحكم باقراره ولا لزوم حينئذ لتزكية الشهود لان المدعى عليه اقر بالحق و كذا لو قال هم عدول جائزة شهادتهم لي وعليّ ولو قال هم عدول فقط ولم يزد فان كان المدعى عليه عدلاً يصلح للتزكية ينظر ان لم يجحد دعوى المدعي عند الجواب بل سكت حتى شهد عليه الشهود ثم قال هم عدول قال ابو حنيفة وابو يوسف القاضي يقضي للمدعي بشهادتهم ولا يسأل عنهم سواء كان المدعى به حقاً يثبت مع الشبهات او لا يثبت معها وقال محمد لا يقضى قبل السؤال عنهم ولو جحد المدعى عليه دعوى المدعي فلما شهدا عليه قال هم عدول في بعض الروايات جعل هذا على الخلاف الذي تقدم عندهما يقضي القاضي من غير سؤال وعند محمد لا يقضي ما لم يسال من غيره (خانية)قلت والذي يظهر من الفقرة الاخيرة من هذه المادة اختيار قولهما في حالة الاقرار وقول محمد في حالة الجحود وعلى هذا يكون نول المجلة في الفقرة الاخيرة (وانكر المدعى به) قيداً احترازياً و يكون المعنى انه لو قال هما عدلان وانكر المدعى به لا يحكم الحاكم و يحقق عدالة الشهود بالتزكية وان لم ينكر المدعى به بل سكت حتى شهدوا عليه ثم قال هم عدول يقضى بشهادتهم ولا حاجة الى التزكية فافهم والفرق بين حالتي الانكار والسكوت انه في حالة الانكار يكون المدعى عليه في زعم المدعي وشهوده كاذباً في الانكار وفاسقاً في الاصرار وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وليس الامر كذلك فيما لو بقي ساكتاً (تكملة) .وفي الخانية بعد ذكر ما نقلناه عنها آنفاً ولو كان المشهود عليه فاسقاً او مستوراً لا يصح تعديله ولا يقضي القاضي ولا يجعل قول الخصم هم عدول اقراراً على نفسه بالحق وفيها اذا شهدا عليه فقال بعد ما شهدا عليه الذي شهد به فلان عليّ حق او قال الذي شهد به فلان عليّ هو الحق الزمه القاضي ولم يسال عن

الامر وان قال ذلك قبل ان يشهدا عليه بان قال الذي يشهد به فلان عليّ حق او هو الحق فلما شهدا عليه قال للقاضي سل عنهما فانهما شهدا عليّ بباطل وما كنت اظن انهما يشهدان عليّ بما شهدا به يسال القاضي عنهما فان عدلا امضى شهادتهما والا لا لان قوله الذي يشهد به فلان عليّ ليس باقرار في الحال وانما يصير اقراراً بعد الشهادة فيكون هذا بمنزلة تعليق الاقرار بالشرط والاقرار لا يحتمل التعليق اه

وان قال هما شاهدا زور او هما عدلان ولكن اخطآ في هذه الشهادة او نسيا الواقعة او قال هما عدلان وانكر المدعى به لا يحكم الحاكم ويحقق عدالة الشهود وعدمها بالتزكية سراً وعلناً

اما لو قال هما عدلان ولم ينكر المدعى به او سكت كفى تعديله ولا حاجة الى التزكية ان كان عدلاً يصلح للتزكية كما قدمنا في شرح الفقرة السابقة ثم اعلم انه لا يشترط في لزوم التزكية ان يطعن المشهود عليه في الشهود قال في التنوير ولا يسال القاضي عن شاهد بلا طعن الا في حد وقود وعندهما يسال في الكل ان جهل حالهم سراً وعلناً وبه يفتى اه وظاهر اطلاق المجلة يفيد ترجيح قولهما

﴿ المادة ١٧١٧ ﴾ تزكى الشهود ان سراً وان علناً من الجانب الذي ينسبون اليه فان كانوا من طلبة العلم فيزكون من مدرس المدرسة التي يقيمون بها ومن عمدة اهاليها وان كانوا من العسكر فممن ضابط الطابور وكاتبه وان كانوا من الكتبة فممن ضابط قلمهم وان كانوا من التجار فممن معتبري التجار وان كانوا من الاصناف فممن كتخدايهم ولجنتهم وان كانوا من سائر الصنوف فممن يؤتمن ويوثق به من اهالي محلتهم او قريتهم

وينبغي للقاضي ان يختار للمسالة عن الشهود من كان عدلاً صاحب خبرة بالناس وان لا يكون طماعاً وينبغي ان يكون فقيهاً يعرف اسباب الجرح والتعديل وان يكون غنياً وان وجد عالماً فقيراً وغنياً ثقة غير عالم او عالماً ثقة لا يخالط الناس وثقة غير عالم يخالط الناس اختار العالم والاولى ان لا يكون المزكي مغفلاً ولا يكون مزوياً لا يخالط الناس . وقال شمس الائمة الحلواني انما يسال من جيرانه اذا لم تكن بينه وبينهم

عداوة ظاهرة وان لم يجد في جيرانه واهل سوقه من يصلح للتعديل يسال اهل محلته
وان وجد كلهم غير ثقات يعتمد في ذلك على تواتر الاخبار وكذلك اذا سال اهل
محلته وجيرانه وهم غير ثقات فاتفقوا على تعديله او جرحه ووقع في قلبه انهم صدقوا
كان ذلك بمنزلة تواتر الاخبار . رجل غريب شهد عند القاضي فان القاضي يقول
له من معارفك فان سماهم وهم يصلحون للمسالة سال منهم في السر فان عدلوه سأل
منهم في العلانية فان عدلوه قبل تعديلهم وان لم يصلحوا توقف فيه وسال من المعدل
الذي في بلدته ان كان في ولاية هذا القاضي وان لم يكن كتب الى قاضي ولايته
يتعرف عن حاله (هندية ملخصاً)

☼ المادة ١٧١٨ ☼ التزكية السرية تجرى بورقة يعبر عنها بالمستورة
في اصطلاح الفقهاء فيكتب الحاكم على تلك الورقة اسم المدعي والمدعى
عليه والمدعى به واسماء الشهود وشهرتهم وصنعتهم واشكالهم ومحالهم واسماء
ابائهم واجدادهم او يكتفي باسمائهم وشهرتهم ان كانوا مشهورين والحاصل
انهُ يعرفهم و يصفهم على وجه يميزهم عن غيرهم و يضعها في ظرف يختمه ثم
يرسلها الى الذين انتخبهم للتزكية وعند ورودها يفتحها المزكون و يقرؤُونها
فان كان الشهود المدونة اسماؤهم فيها عدولاً كتبوا تحت اسم كل منهم
عدل ومقبول الشهادة

الظاهر انه لا يكتفى بقولهم هو عدل فقط بل لا بد من زيادة مقبول الشهادة و به
صرح في البحر حيث قال واختار السرخسى انه لا يكتفى بقوله هو عدل لان المحدود
في قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة وكذا الاب اذا شهد لابنه فلا بد من
زيادة جائز الشهادة كما في الظهيرية وينبغي ترجيحه اه وينبغى للمزكي ان يعدل الشهود
قطعاً ولا يقول انهم عدول عندي لان الثقات اخبروني بعد التهم ولو قال لا اعلم منهم
الا خيراً فالاصح انه تعد بل ولو قال هم فيما علمناهم عدول الاصح انه ليس بتعديل وان
عرف المزكي الشهود بالعدالة غير انه علم ان دعوى المدعي باطلة او ان الشهود اوهموا
في بعض الشهادة ينبغي ان يبين للقاضي ما صح عنده من عدالة الشهود وايهامهم في

بعض الشهادة او بطلان دعوى المدعي ثم القاضي يتفحص عما اخبر به المزكى غاية التفحص فان تبين له حقيقة ما اخبره به المزكي رد شهادة الشهود وان لم يتبين له قبلها (هندية ملخصاً)

وان لم يكونوا عدولاً كتبوا ليسوا بعدول وامضوا بدون ان يوقفوا على مضمونها من اتى بها او غيره وختموا الظرف واعادوها الى الحاكم

☀ المادة ١٧١٩ ☀ اذا اعيدت المستورة مختومة الى الحاكم ولم يكتب فيها المزكون ان الشهود عدول ومقبولو الشهادة بل كتبوا فيها كلاماً يفيد الجرح صراحة او دلالة بان كتبوا ليسوا بعدول او لا علم لنا بحالهم او انهم مجهولو الاحوال او الله اعلم او لم يكتبوا فيها شيئاً فحينئذ لا يقبل الحاكم شهادتهم ولكنه في هذه الصورة لا يقول للمدعي ان شهودك جرحوا بل يقول له احضر غيرهم ان كان عندك شهود غيرهم وان كتب في المستورة ان الشهود عدول ومقبولو الشهادة بادر الحاكم في المرتبة الثانية الى التزكية علناً

هذا ظاهر في انه ينبغي ان تكون التزكية السرية قبل التزكية العلنية و به صرح في الملتقط وقال في البحر لو زكى من في السر علناً يجوز عندنا والخصاف شرط تغايرهما كذا في البزازية

☀ المادة ١٧٢٠ ☀ تجري التزكية العلنية على الوجه الاتي يجلب المزكون امام الحاكم بحضور المترافعين وتزكى الشهود او يرسل الشهود والمترافعان مع نائب التزكية الى مقام المزكين وتزكى الشهود علناً

فيقول القاضي للمعدل أهذا الذي عدلته او يقول للمزكي بحضرة الشهود أهولاء عدول مقبولو الشهادة (هندية) وفيها عن المحيط اذا سئل المزكي عن حال الشاهد فسكت فهو جرح اه

ويجب ان يذكر في الاعلام اسماء المزكين وشهرتهم والفاظ التزكية وبذلك ارادة سنية مؤرخة في اول جمادي الاخرى سنة ١٢٨٣ (جريدة علمية عدد ٢)

﴿ المادة ١٧٢١ ﴾ ينبغي ان يكون المزكي في التزكية سراً اثنين على الاقل رعاية للاحتياط وان كان يكفي فيها مزك واحد

ومثل التزكية الترجمة فانه يكفي فيها واحد واثنان احوط وعند محمد لا بد من اثنين واذا كان الترجمان اعمى فعن ابي حنيفة لا يجوز وعن ابي يوسف يجوز (هندية) وفي الخانية تصح تزكية السر من الوالد والولد والمراة والاعمى والصبي في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد من لا تقبل شهادته لا تصح منه تزكية السر كما لا تصح تزكيه العلانية

﴿ المادة ١٧٢٢ ﴾ التزكية العلنية من قبيل الشهادة فتعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ولكن لا يلزم المزكين ذكر لفظ الشهادة

والمراد بشروط الشهادة البلوغ والحرية ونحوه قال في الخانية واجمعوا على ان ما يشترط في الشاهد من العدالة والبلوغ والحرية والبصر يشترط ذلك في المزكي في تزكية العلانية فلا يصح تعديل الاعمى والصبي والعبد والفاسق اه

تنبيه : شاهد التزكية العلنية لا تشترط تزكيته ظاهراً بعد سؤال القاضي عن الشهود المطلوب تعديلهم في السر ممن يثق به وهذا محمول عَلَى ان مزكيها معروف بالعدالة (طحطاوي)

﴿ المادة ١٧٢٣ ﴾ لا يتشاغل الحاكم بتزكية الشهود الثابتة عدالتهم في دعوى جرت عنده اذا شهدوا بدعوى اخرى في حضور ذلك الحاكم ان كان لم يمض على تزكيتهم ستة اشهر وان مضى عليها ستة اشهر زكاهم الحاكم مرة اخرى

وفي الدرر اذا رد قاض شهادة رجل في حادثة ليس لقاض اخر قبولها فيها لان الظاهر ان رد الاول لوجه شرعي فلا يجوز مخالفة الثاني له اه

﴿ المادة ١٧٢٤ ﴾ اذا طعن المشهود عليه في الشهود قبل التزكية

او بعدها باسناده اليهم ما يمنع قبول شهادتهم كدفع مغرم او جر مغنم طلب منه الحاكم البينة على ذلك

اعلم ان الطعن في الشهود يقسم الى نوعين جرح مجرد وجرح مركب فالاول هو الذي لا يتضمن اثبات حق لله تعالى او للعبد والثاني هو ما يتضمن اثبات حق لاحدهما والاول لا تقبل الشهادة عليه بعد التعديل بل قبله والثاني تقبل عليه بعد التعديل وقبله قال في التنوير وشرحه للعلائي لا تقبل الشهادة عَلَى جرح مجرد عن اثبات حق لله تعالى او للعبد بعد التعديل ولو قبله قبلت مثل ان يشهدوا على شهود المدعي انهم فسقة او زناة او أَكلة ربا او شربة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بزور او انهم اجراء في هذه الشهادة او ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة وتقبل لو شهدوا عَلَى الجرح المركب كاقرار المدعي بفسقهم او اقراره بشهادتهم بزور او انه استاجرهم على هذه الشهادة او على اقرارهم انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق او انه اي الشاهد ابن المدعي او ابوه او انهم سرقوا مني كذا وبينه او شربوا الخمر ولم يتقادم عهده او قتلوا النفس عمداً او انهم شركا المدعي والمدعى مال او انه استاجرهم بكذا للشهادة واعطاهم ذلك مما كان لي عنده من المال ولو لم يقله لا تقبل لدعواه الاستئجار لغيره ولا ولاية له عليه اواني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم رشوة على ان لا يشهدوا عليّ زوراً وقد شهدوا زوراً وانا اطلب ما اعطيتهم وانما قبلت في هذه الصور لانها حق لله تعالى او للعبد فمست الحاجة لاحيائها اه وقال في التكملة عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد بعد التعديل محله فيما اذا ادعاه الخصم و برهن عليه جهراً اما اذا اخبر القاضي به سراً وكان مجرداً طلب منه البرهان عليه جهراً فاذا برهن عليه سراً بطلت الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح افاده في البحر ووجهه انه لو كان البرهان جهراً لا يقبل على الجرح المجرد لفسق الشهود به باظهار الفاحشة بخلاف ما اذا شهدوا سراً ثم ان قبول الشهادة على الجرح المجرد قبل التعديل علته انه طعن في العدالة حتى يمنع القاضي من قبول شهادة الشهود حتى يعدلوا فاذا عدلوا بعد هذا الطعن تقبل شهادتهم وليس المراد ان هذا الطعن اثبت فيهم امراً يسقطهم عن حيز القبول ولو عدلوا اه ملخصاً

فاذا اثبت المشهود عليه هذا الطعن بالبينة رد الحاكم شهادة اولئك

الشهود وان لم يثبت زكاهم الحاكم ان كان لم يزكهم وحكم بموجب شهادتهم ان كان قد زكاهم

فيه اشعار بانه اذا لم يثبت المشهود عليه الجرح الذي ادعاه فليس له تحليف الشهود ولا المشهود له و بذلك صرح في البحر الرائق ثم قال وهل يقبل اقرار الشاهد به و يصير كالبرهان لم اره و ينبغي القبول (انقروي)

﴿ المادة ١٧٢٥ ﴾ اذا عدل بعض المزكين الشهود وجرحهم بعضهم يرجح جانب الجرح فلا يحكم الحاكم بشهادة اولئك الشهود

ليس ذلك على اطلاقه بل هو فيما اذا كان عدد كل من المزكي والجارح بالغاً نصاب الشهادة او كان كل منهما واحداً فقط اما لو كان الجارح واحداً والمعدل اثنين كان التعديل اولى قال في الخانية ان كان المزكي اثنين فعدلهم احدهما وجرحهم الاخر قال ابو حنيفة وابو يوسف الجرح اولى لانه اعتمد على دليل غير ظاهر الحال فكان الجرح اولى كما لو عدلهم اثنان وجرحهم اثنان كان الجرح اولى في قولهم جميعاً وقال محمد رحمه الله تعالى اذا عدلهم واحد وجرحهم الاخر فالقاضي يتوقف لا يقضي بشهادتهم ولا يرد بل ينتظر ان جرحهم الاخر يثبت الجرح وان عدلهم ثبتت العدالة وان جرحهم واحد وعدلهم اثنان ثبتت العدلة في قولهم لان قول الاثنين حجة مطلقة في الاحكام بخلاف قول الواحد وان جرحهم اثنان وعدلهم عشرة كان الجرح اولى لان قول الاثنين يساوي قول الجماعة كما في دعوى الملك اذا اقام احد المتداعيين اثنين والاخر عشرة لا يترجح صاحب العشرة اه انظر المادة ١٧٣٢ وشرحها

﴿ المادة ١٧٢٦ ﴾ اذا مات الشهود او غابوا بعد اداء الشهادة في المعاملات كان للحاكم ان يزكيهم ويحكم بشهادتهم

ولو كان قد زكاهم قبل الموت او الغيبة فله ان يحكم بشهادتهم بالاولى ولكن لو زكى القاضي الشهود ثم عموا او خرسوا قبل القضا فلا يقضي بشهادتهم راجع شرح المادة ١٦٨٦

اما لفظ المعاملات الوارد في متن المادة فقد احترز به عن القصاص لانه لو مات الشهود قبل القضاء به او بعد القضاء قبل انفاذ الحكم او غابوا او عموا او خرسوا امتنع

القضاء في الوجه الاول وامتنع انفاذه في الوجه الثاني ولا بد حينئذٍ من استئناف المحاكمة واصدار حكم آخر كما في عامة كتب المذهب

﴿ المادة ١٧٢٧ ﴾ اذا الح المشهود عليه على الحاكم قبل الحكم بتحليف الشهود انهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين كان للحاكم ان يحلف الشهود وان يقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتكم والا فلا

هذه المسالة مختلف فيها بين الفقهاء واكثرهم على انه لا يجوز تحليف الشاهد لان الشهادة عندهم لا تصح بدون لفظ اشهد كما تقدم في المادة ١٦٨٩ ولفظ اشهد يمين فلا يجوز تكرار اليمين ولكن خالفهم بعضهم وقالوا ينبغي ان يحلف الشاهد لغلبة الفسق فاختارت المجلة تحليف الشهود ونعم ما فعلت

الفصل السابع

في رجوع الشهود عن الشهادة

﴿ المادة ١٧٢٨ ﴾ اذا رجع الشهود عن شهادتهم في حضور الحاكم بعد اداء الشهادة وقبل الحكم بها صارت شهادتهم كانها لم تكن ويعزرون

رجوع الشاهد عن الشهادة هو ان يقول رجعت عما شهدت به (تنوير) او شهدت بزور فيما شهدت به او كذبت في شهادتي فلو انكرها لم يكن رجوعاً (مجمع الانهر) فاذا رجع الشاهد عن شهادته في هذه الصورة قبل الحكم سقطت عن الاعتبار فلا يقضي القاضي بها اذ لا قضا بكلام متناقض ولا ضمان على الشاهد لانه لم يتلف شيئاً لكن يعزر ولا فرق فيما اذا رجعا عن كل الشهادة او بعضها كما لو شهدا بدار وبنائها او باتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يحكم بالاصل لان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد (جامع الفصولين)

استطراد : شهد عدل ثابت العدالة عند القاضي (احتراز عن المستور) فلم يبرح عن مجلس القاضي ولم يطل المجلس حتى قال اوهمت او شككت او غلطت او نسيت اه

عراني نسيان بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي خمسمائة او بنقص بان شهد بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف جازت شهادته ولكن فبماذا يقضى قيل بجميع ما شهد به لان جميع ما شهد به صار حقاً للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله اوهمت ولا بد من دعوى المدعي الزيادة بان يدعي الفاً وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول اوهمت انما هي خمسمائة وقيل انما يقضى بما بقي فقط ان تداركه بنقصان وان بزيادة يقضى بها ان ادعاها المدعي لان ما يحدث بعدها قبل القضا يجعل كحدوثه عندها واليه مال السرخسي وصاحب الملتقى وغيرهما وظاهر كلام سعدي والاكمل ترجيحه واقتصر عليه قاضيخان وعزاه الى الجامع الصغير وقال في النهاية اذا قال الشاهد اوهمت في الزيادة او النقصان يقبل قوله ان كان عدلاً سواء كان قبل القضا او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر عن ابي يوسف اه وظاهر الخانية ان عليه الفتوى اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة

﴿المادة ١٧٢٩﴾ اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم في حضور الحاكم فلا ينقض حكمه ويضمن الشهود المحكوم به راجع المادة ٨٠

انما لا ينقض الحكم لوقوعه صحيحاً فلا ينقض بعده ولان الشهادة ترجحت بالقضا وانما يضمن الشهود وان كانوا متسببين ولا يضمن القاضي وان كان مباشرا لان القاضي تعذر تضمينه لكونه قد الجئ بشهادتهما الى القضا فان القضا واجب عليه بعد ظهور عدالة الشهود حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر وفي ايجاب الضمان على القاضي صرف الناس عن تقلد القضا وحيث تعذر ضمان المباشر ضمن المتسبب لكونه متعديا وفي المحيط رجع الشاهدان في مرض الموت وعليهما دين صحة وما اتلفاه بدئ بدين الصحة لان ما وجب عليهما بالرجوع في المرض دين المرض لانه وجب باقرارهما في المرض اه ثم اعلم ان الشاهد انما يضمن المحكوم به بالرجوع عن الشهادة اذا كان تلف المحكوم به مضافاً الى الشاهد ومتسبباً عنه فقط وكان التلف بدون عوض اما لو كان متسبباً عن شيء اخر او كان الاتلاف غير مضاف الى الشاهد او كان مضافاً اليه ولكن بعوض فلا ضمان على الشاهد مثال الاول لو شهد الشهود ان الدائن ابرأ غريمه من الدين ثم مات الغريم مفلساً ثم رجع الشهود عن شهادتهم لم يضمنوا شيئاً للطالب لان

دينه نوى عليه بافلاس غريمه لا بالرجوع (بحر عن العتابية) ومثال الثاني لو شهدا بنسب قبل الموت فمات المشهود عليه وورثه المشهود له ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لان المشهود له ورث المشهود عليه بالموت وذلك لان استحقاق الوارث بالمال بالنسب والموت والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجوداً فيضاف الى الموت لان كل حكم يثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى اخر الوصفين وجوداً ومثال الثالث لو شهدا على رجل انه باع ماله من اخر بثمن سمياه وهو مثل القيمة او اكثر فقضي بالبيع على البائع و بالثمن على المشتري ثم رجعا عن شهادتهما فلا يضمنان للبائع شيئاً كما في الهندية لانهما انما اتلفا عليه ماله بعوض يماثله والاتلاف بعوض كلا اتلاف (در مختار) ويشترط ايضاً ان يكون المتلف مالاً فلو شهدا للمستاجر انه استاجر هذه الدار ثم رجعا بعد الحكم لا ضمان عليهما لانهما اتلفا عَلَى المؤجر منفعة داره والمنفعة ليست بمال (هندية عن البدائع) واعلم ايضاً ان تضمين الشاهد لم ينحصر في رجوعه عن الشهادة بل مثله ما اذا ظهر كذبه من ذلك ما ذكر في البحر شهد شاهدان على رجل ان فلاناً اقرضه الف درهم وقضى القاضي بها ثم اقام المقضي عليه بينة على الدفع قبل القضا بأمر القاضي برد الالف اليه ولا يضمن الشهود ولو شهدوا ان عليه الف درهم وقضى القاضي بذلك واخذ المحكوم له الالف ثم برهن المقضي عليه على البراءة قبل القضا يضمن الشهود والفرق ان في الوجه الاول لم يظهر كذبهم لجواز انه اقرضه ثم ابرأه وفي الوجه الثاني ظهر كذبهم لانهم شهدوا عليه بالالف في الحال وقد تبين كذبهم فصاروا متلفين عليه والشهادة بالاقراض ليست شهادة عَلَى قيام الحق في الحال والشهادة بالدين مطلقاً شهادة على الحق في الحال اه فقد علم تضمين الشهود بظهور كذبهم من غير رجوع فتضمينهم اذا تيقن كذبهم بالاولى اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة . ثم انه اذا رجع الشهود عن شهادتهم هل يضمنون المحكوم به سواء قبضه المحكوم له او لا ام يشترط قبضه فيه خلاف قال في التنوير وشرحه للعلائي وان رجعا بعد الحكم لم يفسخ الحكم مطلقاً وضمنا ما اتلفا للمشهود عليه قبض المدعي المال او لا وبه يفتى بحر وبزازية وخلاصة وقيده في الوقاية والكنز والدرر والملتقى بما اذا قبض المال لعدم الاتلاف قبله وقيل ان كان المال عيناً فكالاول وان كان ديناً فكالثاني واقره القهستاني اه ورجح في التكملة القول الثاني لان عليه المتون كالهداية والمختار والوقاية والغرر والاصلاح والكنز والملتقى وقال لا يرجع المحكوم عليه الا بعد القبض عيناً كان المحكوم به او ديناً ثم قال واعلم ان الضمان عن الشاهدين

يسقط باشيا الاول ضمنهما نصف المهر ثم اقر به رده اليهما . الثاني ضمنهما قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهود عليه ردها اليهما . الثالث رجع الواهب في هبته بقضا بعد ماضمن الشاهدين رد الضمان . الرابع مات المقضي له وورثه المقضي عليه رد الضمان بخلاف مالو اشتراه اه والكل من العتابية وان رجع المزكي عن التزكية ضمن عند الامام خلافاً لهما لان قبول الشهادة عند القاضي بالتزكية يكون علة العلة معنى فيضاف الحكم الى علة العلة ومحل الخلاف فيما اذا قال المزكي تعمدت او علمت ان الشهود عبيد ومع ذلك زكيتهم اما اذا قال المزكي اخطأت في التزكية فلا ضمان اجماعاً (ملتقى وشرحه مجمع الانهر)

✻ المادة ١٧٣٠ ✻ اذا رجع بعض الشهود على الوجه المذكور انفاً فان كان باقيهم بالغاً نصاب الشهادة لا يجب الضمان على من رجع ولكنه يعزر

وان كان الشهود ثلاثة فرجع واحد منهم وبقي اثنان لم يضمن لان العبرة في هذا الباب لمن بقي لا لمن رجع من الشهود لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف له فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال ثانياً لم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شيء (تكملة)

وان لم يكن الباقي بالغاً نصاب الشهادة يضمن الذي رجع نصف المحكوم به وحده ان كان واحداً وان كان اكثر من واحد ضمنوا النصف بالاشتراك على التساوي

والمراد انه اذا كان الشاهد اثنين فرجع احدهما يضمن النصف اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق فيه الحجة وهو النصف واما ما اورد من انه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين ان لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء اصلاً فيقتضي ان يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادة واحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في حال الابتداء وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين

نسب الى كل منهما في حالة البقا ثبوت حصته منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفاً له برجوعه وان كان الشهود ثلاثة فرجع احدهم لا ضمان عليه لبقاء من يبقى به كل الحق وان رجع معه اخر ضمنا النصف بالاشتراك لانه لما رجع الاول لم يظهر اثره فلما رجع الاخر ظهر اثره لانه لم يبق الا من يقوم به النصف (تكملة) وفي التنوير لو رجعت امرأة من رجل وامرأتين ضمنت الربع وان رجعتا فالنصف وان رجع ثمان نسوة من رجل وعشرة نسوة لم يضمن فاذا رجعت اخرى ضمن التسع ربع المال لبقاء ثلاثة ارباع النصاب فان رجعوا فالغرم بالاسداس اه اي السدس على الرجل وخمسة الاسداس عَلَى النسوة لان كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد فكانه قد شهد ستة رجال فيضمن الرجل السدس وكل امرأتين السدس وان رجعت النسوة العشر دون الرجل فعليهن نصف الحق وان رجع مع الرجل ثمان نسوة و بقي اثنتان فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة ولو رجع الرجل فعليه نصف المال بالاجماع (هندية) وفيها ولو شهد رجل وامرأتان فرجع الرجل وحده فعليه نصف المال وان رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال عَلَى الرجل النصف وعلى المرأه الربع وان رجعوا جميعاً فعلى الرجل النصف وعلى المرأتين النصف وفي الجامع اربعة شهدوا عَلَى اخر بار بعمائة وقضي بها فرجع واحد عن مائة واخر عن تلك المائة ومائة اخرى واخر عن تينك المائتين ومائة اخرى فعلى الراجعين خمسون درهماً اثلاثاً فان رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة ارباعاً وضمنوا سوى الاول خمسين اثلاثاً اه

﴿ المادة ١٧٣١ ﴾ يشترط ان يكون رجوع الشهود في حضور الحاكم ولا اعتبار لرجوعهم اذا كان في محل آخر

لان الشهادة تختص بمجلس القاضي فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضي (مجمع الانهر) حتى لو رجع الشاهدان عند غير القاضي وضمنا المال وكتبا به على انفسهما صكاً ونسبا المال الى الوجه الذي هو له ثم جحدا ذلك عند القاضي لم يقضَ بذلك عليهما وكذلك لو اقرا بذلك عند صاحب الشرطة او عامل كورة ليس القضا اليه واذا تصادقا عند القاضي ان الاقرار بهذا السبب فالقاضي لا يلزمهما الضمان (هندية)

وعلى ذلك لو ادعى المشهود عليه رجوع الشهود عن شهادتهم في

محل اخر فلا تسمع دعواه

ولو اراد ان يبرهن لا يقبل برهانه ولو طلب يمين الشاهدين لا يقبل ايضاً لفساد الدعوى بخلاف ما لو برهن انهما اقر برجوعهما عند غير القاضي فانه يقبل ويجعل انشا للحال (در مختار) اي فصار كما لو اقرا عند القاضي انهما رجعا عند غير القاضي وبهذا ظهر الفرق بين ما اذا برهن على رجوعهما عند غير القاضي وبين ما اذا برهن عَلَى اقرارهما بالرجوع عند غير القاضي فانه في الاول لا يقبل لان رجوعهما عند غير القاضي لا يعتبر وفي الثاني يقبل لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فبالبرهان على اقرارهما هما صار كانهما اقرا في الحال والحال انهما عند القاضي وذلك رجوع معتبر فيقبل (تكملة)

واذا شهدوا في حضور حاكم ثم رجعوا بعد ذلك عن شهادتهم في حضور حاكم اخر يعتبر رجوعهم

اعلم ان المجلة قد اقتصرت على ذكر مسائل الرجوع عن الشهادة بالاجمال ومن كون ذلك لا يفي برغبة من يروم التضلع بالفقه فقد آثرنا ذكر هذه المسائل بالافراد تعميماً للفائدة فنقول

اولاً في الرجوع عن الشهادة في الاموال رجل مات وترك مائة درهم فادعى رجلان كل واحد منهما على الميت مائة درهم واقام كل منهما شاهدين بمحضر من الوارث وقضى القاضي لكل واحد منهما بمائة درهم وقسمت المائة المتروكة بينهما نصفين ثم رجع شاهدا احد الرجلين عن خمسين درهماً وقالا لم يكن الا خمسون درهماً غرّما للغريم الاخر ثلث الخمسين وذلك ستة عشر وثلثان ولو مات رجل وترك الف درهم فادعى رجل عَلَى الميت الف درهم واقام البينة وادعى رجل اخر الف درهم ايضاً واقام البينة وقضى القاضي بالالف بين المدعيين ثم رجع الشهود ضمن كل شاهدين خمسمائة وان رجع شاهدا احد المدعيين لم يضمنا للورثة شيئاً ولم يذكر في الكتاب هل يضمنان للمدعي الاخر على قياس المسالة الاولى ينبغي ان يضمنا وان رجع بعد ذلك شاهدا المدعي الاخر فهذا وما لو رجعوا جملة سواء (محيط) ولو كان لرجل على اخر دين فشهدا انه وهب له او تصدق به عليه او ابرأه ثم رجعا بعد القضا ضمنا (خلاصة) وكذا اذا شهدا انه اوفاه ثم رجعا بعد القضا (محيط) ولو ادعى رجل على رجل

الف درهم واقام عليه شاهدين بذلك واقام المشهود عليه شاهدين انه ابراه من الالف او من كل قليل و كثير فعدلوا واجتمعت البينتان عند القاضي فانه يأخذ بشهود البراءة فان قضى بشهادتهم ثم رجعوا يكلف المشهود له بالالف البينة ثانياً ولا يلتفت الى ما مضى اذا اراد تضمين شهود البراءة فان اعاد البينة نخصمه في ذلك شهود البراءة الذين رجعوا فان شهد الشهود على الالف انه على المدعى عليه في الاصل قضى به على شهود البراءة ولا يرجعان به على المشهود له بالبراءة وانما يامر القاضي مدعي المال باعادة شهوده بعد رجوع شاهدي البراءة بمحضر منهما لان المال انما وجب عليهما ساعة رجعا وهو مال حادث وجب عليهما فلا يجتزيء بشهادة الشهود الذبن شهدوا به قبل وجوب المال عليهما لانهما كانهما غصباً المال ساعة يقضي القاضي له ورجعا (مبسوط) ولو شهدا انه اجله سنة ثم رجعا بعد القضا قبل الاجل او بعده ضمناً المال للطالب ورجعا على المطلوب الى اجله خلاصة ثم هذا يتضح في رجوعهما قبل حلول الاجل وكذلك لو رجعا بعد حلوله لان الضمان انما وجب بسبب انهما بشهادتهما فوتا عليه حق القبض وبحلول الاجل لم يتبين ان ذلك لم يكن اتلافاً فلهذا كان له حق الرجوع عليهما وكان الخيار له ان شاء اخذ المطلوب وان شاء اخذ الشاهدين(مبسوط فان توى ما على المطلوب بموته مفلساً لم يرجعا على الطالب(خلاصة)ولو اسقط المدبون الاجل لم يضمنا (بحر رائق)

ثانياً في الرجوع عن الشهادة في البيع : اذا شهدا ببيع شيء بمثل القيمه او اكثر ثم رجعا لم يضمنا وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان ولا فرق بين ان يكون البيع باتاً او فيه خيار البائع (هداية) فان شهدوا انه باع من هذا عبده بالف درهم وشرط الخيار للبائع وقيمة العبد الفان فانكر البائع فحكم الحاكم بالبيع ثم رجعوا ان فسخ البائع البيع في المدة او اجازه فلا ضمان عليهم وان لم يفسخ ولا اجازه حتى مضت المدة واستقر البيع ضمنوا الى تمام القيمة وذلك الف درهم (مضمرات) ولو شهدا على رجل بالشرا فقضي به ثم رجعا فان كان بمثل القيمة او اقل لم يضمنا شيئاً للمشتري وان كان باكثر من القيمة ضمنا ما زاد عَلَى القيمة للمشتري وكذا اذا شهدا عليه بالشرا بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان جاز باجازته لا يضمنانه (تبيين)٠ اذا كانت لرجل امة قيمتها مائة فشهدا عليه انه باعها من فلان بخمسمائة وقبض الثمن والبائع يجحد والمشتري يدعي وقضى به ثم رجعا ضمنا قيمتها مائة للبائع ولو شهدا بالبيع اولا فقضى

به و بالثمن ثم شهدا بقبض الثمن وقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن خمسمائة (كافي)ادعى انه اشترى عبد هذا بالفين الى سنة وقيمته الف ثم رجعوا فللبائع الخيار ان شاء اتبع المشتري بالفين الى سنة وان شاء اتبع الشهود بالف حالة وايهما اختار تضمنه برئ الاخر فان اتبع الشهود رجعوا على المشتري بالفي درهم عند حلول الاجل فان وجد المشتري بالعبد عيباً فرده فان كان بغير قضا فهو بمنزلة بيع جديد فياخذمن البائع الفي درهم ولا سبيل له على الشاهدين وان كان بقضا يرد العبد على البائع وياخذ من الشاهدين ما دفع اليهما الفي درهم ويرجع الشاهدان على البائع بما دفعا اليه الف درهم (شرح الطحاوي) ولو شهدا ببيع عبد قيمته خمسمائة بالف درهم حالة وقضى القاضي بشهادتهما ثم شهدا ان البائع اجل المشتري الثمن الى سنة وقضى القاضي بالاجل ثم رجعا عن الشهادتين جميعاً ضمنا الثمن للبائع الف درهم ولو كانت الشهادة بالتاجيل مع الشهادة بالعقد دفعة واحدة وقضي القاضي بشهادتهم كان البائع بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين قيمة العبد خمسمائة حالة وان شاء اتبع المشتري بالف درهم الى سنة (محيط)

ثالثاً في الرجوع عن الشهادة في الهبة : شهدا انه وهب عبده من فلان وقبضه ثم رجعا بعد القضا ضمنا قيمة العبد فان ضمنها قيمة العبد لم يرجع في هبته ولا يرجع الشاهدان في العبد ولوكان ابيض العين يوم القضا بالهبة ثم رجعا والبياض زائل ضمنا قيمته ابيض (محيط) ولو لم يضمن المقضي عليه الشاهد القيمة فله الرجوع بالعبد بقضا القاضي (مبسوط) عبد في يد رجل ادعى رجل انه وهب له وسلم اليه وبرهن عليه وادعى اخر مثله وشهد اخر انه له بذلك ولم يدر التاريخ قضي بينهما نصفين فان رجع الفريقان ضمن كل فريق للواهب نصف قيمته ولا يضمن للموهوب له الاخر شيئاً (كافي) ولو شهدا بالهبة لرجل واخران بالهبة لاخر فرجع احد الفريقين ضمنا نصفه للواهب ونصفه للموهوب له (عناية)

رابعاً في الرجوع عن الشهادة في الرهن : ادعى من له الف على اخر انه رهنه عبداً به قيمته الف والمطلوب مقر بالدين وشهد شاهدان بالرهن ثم رجعا لم يضمنا ولو كان فيه فضل على الدين لم يضمنا مادام العبد حياً فان مات في يد المرتهن ضمنا الفضل على الدين ولو ادعى الراهن الرهن وانكر المرتهن لم يضمنا الفضل و يضمنان قدر الدين للمرتهن وان رجعا عن الرهن دون التسليم بان قالا سلم اليه هذا العبد وما رهنه لا

يضمنان (محيط) . رجل له على رجل الف درهم وهو مقر به وفي يد الطالب ثوب يساوي مائة درهم يدعي انه له فاقام المطلوب شاهدين انه له رهنه اياه بالمال وقضى به ثم هلك الثوب فذهب بمائة درهم ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب ولو كان ذو اليد مقراً بالثوب للراهن غير انه يقول هو عندي وديعة وقال الراهن بل هو رهن عندك واقام شاهدين عليه فقضي به ثم هلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما (مبسوط)

خامساً في الرجوع عن الشهادة في العارية والوديعة والبضاعة : شهدا بوديعة في يد رجل والمودع يجحد ذلك فقضي عليه بالقيمة ثم رجعا فانهما يضمنان ذلك وكذلك البضاعة والعارية على هذا (محيط)

سادساً في الرجوع عن الشهادة في المضاربة والشركة والاجارة : ادعى المضارب نصف الربح فشهدا به ورب المال مقر بالثلث ثم رجعا والربح لم يقبض لم يضمنا فان قبضاه واقتسماه نصفين ثم رجعا ضمنا سدس الربح قيل هذا في كل ربح حصل قبل رجوعهما فاما ربح حصل بعد رجوعهما فان كان راس المال عرضاً فكذلك وان كان نقداً فرب المال يملك فسخها فكان راضياً باستحقاق الربح (محيط) ولو شهدا انه اعطاه بالثلث فلا ضمان عليهما في هذا الوجه اذا رجعا لان القول قول رب المال بغير شهود فلم يتلفا على المضارب شيئاً بشهادتهما ولو توى راس المال في الوجهين لم يضمنا شيئاً (مبسوط) . رجل ادعى على رجل انه اجره داره شهراً بعشرة والمستاجر ينكر فشهد شاهدان على ذلك ثم رجعا فان كان في اول المدة ينظر ان كان اجرة مثل الدار مثل المسمى فلا ضمان عليهما وان كانت دونه يضمنان الزيادة وان كانت الدعوى بعد مضي المدة يضمنان الاجرة (شرح الطحاوي) ولو ادعى رجل انه استاجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم واجرة مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا للمؤجر شيئاً (بدائع)

سابعاً في الرجوع عن الشهادة في النسب والمواريث : ادعى رجل على رجل اني ابنك والرجل يجحد دعواه فاقام الابن البينة انه ابنه وقضى القاضي بذلك واثبت نسبه ثم رجعوا فانهم لا يضمنون شيئاً للاب سواء رجعوا حال حياة الاب او بعد وفاته وكذلك لا يضمنون لسائر الورثة ما ورثه الابن المشهود له (محيط) ولو شهدوا انه ابن هذا القتيل لا وارث له سواه والقاتل يقر بالقتل عمداً فقضي بالقصاص وقتله الابن ثم رجعوا فلا ضمان عليهم في القصاص ويضمنون ما ورثه هذا الابن من القتيل لورثته

المعروفين وعليهم التعزير (محيط) . رجل مات وترك اخاه لابيه لا يعلم له وارث غيره
فجاء رجل وادعى انه اخو الميت لابيه وامه واقام شاهدين على انه اخو الميت لابيه
وشاهدين انه اخو الميت لامه فالقاضي يقضي انه اخو الميت لابيه وامه فان رجعوا
عن شهادتهم ضمن اللذان شهدا انه اخوه لابيه ثلثي الميراث والاخران الثلث كذا في
المحيطين ولو رجع احد الشاهدين اللذين شهدا انه اخ لاب واحد الشاهدين اللذين
شهدا انه اخ لام ضمنا النصف بينهما اثلاثاً (محيط) ولو شهد شاهدان انه اخ لاب
فقضى القاضي واعطاه نصف الميراث ثم شهد اخران انه اخ لام فقضى به واعطاه
نصفه الباقي ثم رجعوا عن شهادتهم ضمن كل فريق نصف المال ولو شهد شاهدان انه
اخ لام وقضى القاضي له بسدس الميراث ثم شهد اخران انه اخ لاب وقضى القاضي
له بباقي الميراث ثم رجعوا فعلى اللذين شهدا انه اخ لام سدس المال وعلى اللذين
شهدا انه اخ لاب خمسة اسداس المال وكذلك ان شهدوا معاً وعدل احد الفريقين
وقضى القاضي بشهادتهم ثم عدل الفريق الثاني وقضى القاضي بشهادتهم فانه ينظر في
هذا الى القضا فمن قضي بشهادته اولاً فعليه ضمان ما قضى بشهادته والباقي على الفريق
الاخر (محيط) رجل مات وترك ابنة واخاً لاب فاعطى القاضي البنت النصف والاخ
النصف ثم جاء رجل وادعى انه اخو الميت لاب وام فشهد له شاهد انه اخوه لام
واب وشهد اخر انه اخوه لاب وشهد اخر انه اخوه لام وقضى القاضي بنصف
الميراث له ثم رجع الذي شهد انه اخوه لابيه وامه فعليه ضمان نصف ما صار له من
الميراث وان رجع الذي شهد انه اخ لاب فعليه ضمان ثلاثة اثمان ما صار له من
الميراث وان رجع الذي شهد انه اخ لام فعليه ضمان ثمن ما صار له من الميراث (محيط)
رجل مات وترك ابن عم وترك الف درهم في يدي ابن العم فاقام رجل البينة انه اخوه
وقضى القاضي له بالالف ثم اقام رجل اخر البينة انه ابنه وقضى القاضي له بالالف
ثم رجع شاهدا الاخ عن شهادتهما فليس لابن العم ان يضمنهما وان رجع شاهدا
الابن بعد ذلك فللاخ ان يضمن شاهدي الابن فاذا اخذ الالف من شاهدي الابن
فلابن العم ان يضمن شاهدي الاخ الالف (ذخيرة) . رجل مات وترك ابناً واخذ
ميراثه فجاء رجل اخر وادعى انه ابن الميت واراد ان يشارك الابن المعروف فانكر
الابن المعروف نسبه وانكر ان يكون وصل اليه شيء من الميراث فاتى بشاهدين فشهدا
انه ابن الميت وقضى القاضي له بنسبه ثم اتى بشاهدين اخرين فشهدا انه وصل اليه

من مال الميت كذا وكذا فقضى القاضي له عليه بنصف ذلك ثم رجع الشاهدان اللذان شهدا بالنسب ضمنا ما وصل الى المدعي من المال فان ضمنا ذلك ثم رجع الاخران رجع شاهدا النسب عليهما بما ضمنا ولو كانوا رجعوا جميعاً فالابن المعروف بالخيار ان شاء ضمن شاهدي النسب فيرجعان على شاهدي المال وان شاء ضمن شاهدي المال (محيط) وفيه رجل مات وترك بنتاً واخ لاب وام واخذت البنت نصف الميراث واخذ الاخ نصف الميراث فجاء رجل اخر وادعى انه اخو الميت لاب وام وجاء بشاهدين شهدا بذلك وقضى القاضي بنسبه واشركه مع الاخ المعروف في الميراث ثم رجعا عن شهادتهما انه اخ لاب وثبتا على شهادتهما انه اخ لام او على العكس ضمنا نصف ما صار في يده من الميراث ولا يضمنان جميع ذلك وكذلك لو رجع احدهما عن شهادته انه اخ لاب وثبت على شهادته انه اخ لام ورجع الاخر عن شهادته انه اخ لام وثبت على شهادته انه اخ لاب ضمن كل واحد منهما الربع مما صار في يده لانهما رجعا عن نصف الشهادة وثبتا على نصف الشهادة والشاهدان في هذا على النسبين والفريقان اذا شهد كل فريق على احد النسبين سواء ولو شهد كل فريق على نسب بان شهد احد الفريقين انه اخوه لابيه وشهد الفريق الاخر انه اخوه لامه ثم رجع احد الفريقين عن شهادته ضمن نصف المال كذا هنا وفيه ايضاً رجل مات وترك اخوين لام واخاً لاب وادعى رجل انه اخوه لابيه وامه وشهد له شاهدان انه اخ لاب وشاهدان انه اخ لام فقضي به واخذ الثلثين اللذين في يد الاخ لاب ثم رجعوا ضمن اللذان شهدا انه اخ لاب ثلاثة ارباع ما اخذ والاخران ربعه ولو ترك اخاً لام مكان الاخوين لام ثم ادعى رجل انه اخوه لابيه وامه فشهد له شاهدان انه اخ لام وشاهدان انه اخ لاب واخذ خمسة اسداس الميراث ثم رجع الشهود فعلى اللذين شهدا انه اخ لاب ثلاثة اسداس الميراث وربع سدسه وعلى الاخرين سدس المال وثلاثة ارباع سدسه

ثامناً في الرجوع عن الشهادة في الوصية : ادعى رجل ان فلاناً الميت اوصى له بالثلث من كل شيء فاقام البينة فقضي له ثم رجع الشهود ضمنوا جميع الثلث وكذلك لو شهدوا انه اوصى له بالثلث في حياة الميت فلم يختصموا حتى مات (محيط) . وفيه مات رجل عن ثلاثة آلاف وابن فشهد رجلان ان الميت اوصى لهذا الرجل بثلث ماله واخران لاخر مثله واخران لثالث بمثله والابن جاحد والموصى لهم بعضهم يجحد بعضاً

فقضى القاضي بالثلث بينهم ثم رجعوا جميعاً لم يضمنوا للابن شيئاً ويضمن كل فريق للموصى لهما اللذين لم يشهد لهما هذا الفريق ثلث الثلث وكذلك لو عدلت شهود الاول اولاً وقضي له بكل الثلث ثم عدلت شهود الاخر وقضي له بنصف ما اخذ الاول ثم عدلت شهود الثالث وقضى له بثلث ما اخذا ثم رجعوا ولو شهدا بالوصية الواحدة فقضى له وشهد اخران انه رجع عن هذه الوصية واوصى بالثلث لهذا فقضي به واسترد من الاول ثم شهد اخران انه رجع عن هذه الوصية واوصى بالثلث لهذا فقضي به واسترد من الاوسط ضمن الاخيران للاوسط كل الثلث وضمن الاوسطان للاول نصف الثلث ولا يضمن شاهد الاول شيئاً ولم يضمنا للوارث شيئاً ٠ مات وترك ثلاثة الاف واوصى بثلث ماله لرجل ودفع اليه فشهد اثنان انه رجع عن الوصية وقضي به للورثة ثم شهد هذان انه اوصى بالثلث لاخر وقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثلث مرتين مرة للورثة ومرة للموصي له الاول ولو شهدا بالرجوع والوصية ثم رجعا بعد القضا او شهدا بالرجوع وحده ولم يقضَ به حتى شهدا بالثلث للثاني ضمنا للاول لا للوارث ولو شهدا بهما معاً وقضي للاخر ثم رجعا عن الوصية الثانية دون الرجوع عن الاولى سئلا لينكشف وجه الحكم اترجعان عن الشهادة بالرجوع ام لا فان سكتا او ثبتا على الرجوع ضمنا الثلث للوارث فان رجعا بعده عن الشهادة بالرجوع عن الوصية الاولى ضمنا للموصى له الاول ثلثاً اخر وسلم للوارث ما اخذ منهما وان رجعا عن الشهادة بالرجوع حين سئلا ضمنا الثلث للموصي له الاول دون الوارث ولو رجعا اولاً عن الرجوع دون الوصية ضمنا نصف الثلث للاول وان رجعا بعده عن الوصية ضمنا للاول بقيته (كافي)

تاسعاً في مسائل متفرقة : لو ادعت امرأة على زوجها انه صالحها عن نفقتها على عشرة دراهم كل شهر وقال الزوج صالحتك على خمسة فشهد شاهدان انه صالحها على عشرة فقضي بها ثم رجعا فان كانت نفقة مثلها عشرة او اكثر فلا ضمان عليهما وان كانت اقل ضمنا الفضل للزوج فيما مضى (مبسوط) اذا فرض القاضي على الزوج كل شهر نفقة مسماة لامرأته ومضت لذلك سنة ثم شهد شاهدان انه اوفاها النفقة واجاز القاضي ذلك ثم رجعا عن شهادتهما فانهما يضمنان ذلك للمراة وكذلك الولد وكل ذي رحم محرم ممن فرض له القاضي نفقة (ذخيرة) ٠ شاهدان شهدا بمال ثم دعاهما القاضي الى الصلح فاصطلحا على بعضه ثم رجع احد الشاهدين لا يضمن شيئاً (قنية) اذا شهد

شاهدان على عبد في يد رجل لرجل وقضى القاضي بشهادتهما ثم ان المشهود عليه اشترى العبد من المشهود له بمائة دينار ثم رجع الشهود عن الشهادة فالمشهود عليه يرجع على الشهود بالمائة اذا لم يصدقهما ان شهادته حق بعد ان رجعا عن الشهادة (ذخيرة) رجل في يده عبد فشهد شاهدان انه لرجل اخر وقضي له به ثم شهد اخران على المقضي له بالعبد لرجل اخر انه له وقضي له وشهد اخران على المقضي له الثاني ان العبد لهذا الثالث وقضي للثالث ثم رجعوا ضمن كل فريق للمشهود عليه جميع قيمة العبد (كافي) . اذا اشترى رجل داراً بالف درهم وهي قيمتها ونقده الثمن فشهد شاهدان ان هذا الرجل شفيعها بدار تلزق هذه الدار المشتراة فقضي له بالشفعة ثم رجعا فلا ضمان عليهما (حاوي) . شهدا على رجل انه اقر لهذا المدعي امس بالف درهم وقضى القاضي عليه وقبضه منه ثم رجعا عن شهادتهما فلما اراد القاضي ان يضمنهما الالف قالا نحن نجيئك ببينة ان هذا الذي قضيت عليه اقر للمقضي له بهذا الالف منذ سنة لا يقبل ذلك منهما (محيط) ولو شهدا على رجل انه وكل هذا الرجل بقبض دين له على فلان وفلان يقر بالدين فقضى القاضي به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحبه فانكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما والوكيل ضامن لما استهلك من ذلك وكذلك لو شهدا انه وكله بقبض وديعة او غلة او ميراث او غير ذلك (حاوي) اه والكل من الهندية . وفي التنوير شهد بان فلاناً قتل فلاناً عمداً فقضى القاضي بالقتل فقتل ثم رجعا كان عليهما الدية لا القصاص لان القتل منهما ليس مباشرة وورثا المشهود عليه ان كانا من ورثته اه

الفصل الثامن

في التواتر

﴿ المادة ١٧٣٢ ﴾ لا اعتبار لكثرة الشهود . يعني لا يلزم ترجيح شهود احد الخصمين لكثرتهم بالنسبة الى شهود الآخر

لان الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته حتى لو اقام احد المتداعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اذ شهادة الاثنين ليست باقل من شهادتهم في اثبات المدعى

لان الاثنين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح ولهذا لا تترجح الاية باية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيه بان كان احدهما متواتراً والاخر من الاحاد او كان احدهما مفسراً والاخر محتملاً فيرجح المفسر عَلَى المحتمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لان المعتبر في الشاهد اصل العدالة وهي ليست بذي حد فلا يقع الترجيح بها خلافاً لمالك (ملتقى وشرحه مجمع الانهر)

الا ان تكون كثرتهم قد بلغت درجة التواتر

لان الترجيح حينئذٍ ليس بكثرة الدليل بل بقوته اذ ان التواتر يفيد علم اليقين بحيث لا يحتمل النقيض عادة لا حالاً ولا مآلاً فيترجح على البينة العادية لانها حجة ظنية انظر المادة الاتية وشرحها. ثم اعلم ان للخبر المتواتر شروطاً الاول ان يكون المخبرون بحيث يمتنع صدور الكذب منهم. الثاني ان يكونوا عالمين علماً مستنداً الى الحس لا الى غيره كدليل فانه لو اخبر اهل خوارزم مثلاً بحدوث العالم لا يحصل لنا العلم بخبرهم بل يحصل لنا ذلك العلم بالاستدلال . والثالث ان يكون المخبر به ممكناً مشاهداً ولو بالتجربة والحدس فلو اخبر جميع العالم من المستحيل عقلاً او من المعقول الغير المشاهد لا يفيد اليقين الا خبر النبي عليه السلام في المعقول فقط (مرآة المجلة عن شرح العقائد)

﴿ المادة ١٧٣٣ ﴾ التواتر يفيد علم اليقين فلا تقام البينة على خلاف المتواتر كما ذكر انفاً

ولا تسمع الدعوى بخلافه لان ذلك تكذيب الثابت بالضرورة والضرورات مما لا يدخله الشك عندنا (علي افندي عن المحيط) وفيه صورة فتوى معربها اذا قبل القاضي البينة التي قامت عَلَى خلاف المشهور والمتواتر وحكم بها لا ينفذ حكمه

﴿ المادة ١٧٣٤ ﴾ كما لا يشترط لفظ الشهادة في التواتر كذلك لا تتحرى فيه العدالة ومن ثم لا حاجة الى تزكية المخبرين

﴿ المادة ١٧٣٥ ﴾ ليس في التواتر عدد معين للمخبرين ولكن يلزم

ان يكونوا جمًّا غفيراً لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب

ان للعلامة المرحوم محمود افندي حمزي مفتي دمشق السابق كلاماً نفيساً في التواتر آثرنا تلخيصه من كتابه ترجيح البينات تعميماً للفائدة قال رحمه الله تعالى :التواتر يفيد علم اليقين فلا تقام بينة على خلافه لان البينات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر سواء كان المستند الي التواتر مدعياً او مدعى عليه وسواء كان مثبتاً اونافياً وسواء كان في الاموال او في الحدود والقصاص وسواء كان قبل الحكم او بعده لان التواتر حجة في النفي والاثبات قال في الذخيرة ومن جملة ذلك رجل اقام البينة على اخر انه قتل اباه عمداً في ربيع الاول واقام المدعى عليه البينة انهم رأوا اباه حياً بعد ذلك او اقام رجل على آخر البينة انه اقرض اباه الف درهم واقام الاخر البينة ان اباه مات قبل ذلك فالبينة في جميع ذلك للمدعي ولا يلتفت الى بينة المدعى عليه الا ان تأتي العامة وتشهد بذلك ويكون امراً مكشوفاً فيؤخذ بشهادتهم اه . وفي البزاز به شهد انه استقرض من فلان في يوم كذا في بلد كذا فبرهن على انه لم يكن في ذلك اليوم في ذلك المكان بل كان في مكان اخر لا يقبل لان قوله لم يكن فيه نفي صورة ومعنى وقوله بل كان في كذا نفي معنى ولكن قال في المحيط ان تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسمع عليه الدعوى ويقضي بفراغ الذمة لانه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة والضروريات مما لايدخله الشك عندنا اه وفي فتاوى علي افندي عن المبسوط وكذلك ان قال انا آتي بالبينة اني كنت غائباً ذلك اليوم في ارض كذا لا يقبل منه الا ان يجيء من ذلك بامر مشهور يقبل ذلك في الحدود والقصاص والاموال فان القاضي يقضي بذلك لان الشهادة في النفي حجة كما في الاثبات واذا كان امراً مشهوراً فالقاضي لم يكذب الشهود واذا لم يجز له القضا بشهادتهم عند تمكن تهمة الكذب فعند العلم بكذبهم اولى اه فقد بان مما ذكر من النقول ان التواتر يقبل من المدعي والمدعى عليه ومن النافي والمثبت و يستوي في ذلك دعوى الاموال والحدود والقصاص وسواء كان قبل الحكم او بعده كما حققه الشرنبلالي اه واعلم ان التواتر الذي يفيد القطع وان لم يكن له عدد معين الا ان شرطه كونه جمعاً يؤمن فيه التوافق على الكذب وهذا الجمع تارة يعبرون عنه بالعامة وتارة يعبرون عنه بالكل وتارة يصرحون و يقولون اذا علمه كل صغير و كبير

وعالم وجاهل وتارة يقولون اذا كان الخبر مستفيضاً وتارة يقولون اذا كان الامر مشهوراً وتارة يقولون امراً مكشوفاً وكل ذلك مرادهم به التواتر الذي هو عبارة عن علم الكثير من اهل البلدة التي وقعت بها تلك الحادثة بحيث لا يبقى مجال لطعن طاعن لا كما زعم بعض اهل عصرنا من ان التواتر يكون بعشرة انفار مثلاً حتى صار كل من الخصمين يستند في دعواه او دفعه الى التواتر لاجل منع خصمه بعشرة انفار يخبرون بحادثته ويزعم ان ذلك هو التواتر والاغرب من هذا موافقة بعض نواب هذا الزمن على ذلك بدعوى انه امر مفوض الى رأيهم فلو اتوهم بخمسة اشخاص مثلاً في بلدة مثل دمشق لكفى عندهم مستندين الى قولهم ليس في التواتر عدد معين صارفين ذلك الى القلة فيه وغفلوا عن قول المجلة بلزوم ان يكون جماً غفيراً فاين الجم الغفير من العشرة او الخمسة في البلدة الكبيرة الا يدرون ان الجم الغفير هو عبارة عن جملة الناس قال في المصباح مانصه وجاؤا الجماء الغفير او جماء الغفير اي بجماعتهم اه وقال في البزازية لا بد من جماعة يقع العلم بخبرهم وقدره الامام الثاني بخمسين رجلاً ومحمد بتواتر الخبر من كل جانب عنه انه يفوض الى راي الامام وعن خلف خمسمائة يبلغ قليل وعن البقالي الف ببخاري قليل اه

ثم اذا استند كل من المدعي والمدعى عليه الى التواتر واتى كل منهما بجماعة يخبرون طبق مدعاه فعلى الحاكم ان يدقق النظر في ذلك فان رأى ان الجماعتين لا يقال فيهما جم غفير فيكون حكمهما حكم البينة العادية فيستشهد و يزكي ويحكم وان رأى ان احدهما تواتر يأخذ بخبرهم ويرد الجماعة الاخرى حيث تكون بينة والبينة لا تقام على خلاف المتواتر وان رأى ان كلاً من الجماعتين يقال انه تواتر بحسب الظاهر واشكل عليه الامر فيتامل في الجماعتين تاملاً صادقاً خالياً عن الغرض والمرض فاي الجماعتين وافق خبره شروط التواتر واطمأن اليه قلبه حكم به ورد الجماعة الاخرى لان التواتر دليل قطعي والحجة القطعية لا تتعارض قال العلامة في تلويحه ثم التعارض لا يقع بين القطعتين لامتناع وقوع المتنافيين ولا يتصور الترجيح لانه فرع التفاوت في احتمال النقيض فلا يكون الا بين الظنين اه فصار ضروريا كون احد الخبرين كاذباً والا فيلزم اجتماع النقيضين ولذلك قالوا الحجج القطعية لا تتعارض وقالوا تواتر النقيضين محال وتذاكرت في مسالة استناد الخصمين الى التواتر مع جماعة من افاضل النواب فاكثرهم توقف في ذلك والبعض قال تعارضا تساقطا فقلت بدليل

او نقل فقال بل تخريجاً على قولهم البينتان المتعارضتان تسقطان قلت ذلك في الحجة الظنية الجائز تعارضها لا في القطعيات التي تعارضها محالٌ فانقطع اه

وقد سئلت الفتوى خانه عما ينبغي اجراؤه فيما لو اراد كل من الخصمين اقامة بينة التواتر او بعد ان اثبت احدهما دعواه بالتواتر اراد الاخر ان يقيم شهود التواتر فاجابت بتاريخ جمادى الاخرى سنة ١٣٣٢ بما يأتي :

اذا اراد الخصمان اقامة بينة التواتر فليس في وسع القاضي ان يسمعهامعاً اذ ليس من الممكن ان يسمع بينة التواتر من كلا الخصمين معاً دفعةً واحدة وفي ساعة واحدة اي دون تقديم احد الفريقين عَلَى الاخر فكان لابد له والحالة هذه من ان يسمع اولاً بينة التواتر التي يريد اقامتها احد الخصمين مقدمة على سواها فاذا كانت هذه البينة التي سمعت اولاً على الوجه المشروح جماً غفيراً وافادت القاضي علم اليقين الجازم لا يبقى محل لاستماع بينة التواتر التي يريد الخصم الاخر اقامتها ولو كان الجم الغفير الذي يقدمه اكثر عدداً من الاول لان خبر الجماعة التي يقيمها الخصم الثاني هو محض كذب والكذب بمقتضى قاعدة « ما حرم فعله حرم طلبه » لا يجوز النطق به ولا حمل الغير عَلَى النطق به وايضاً اذا حصل عند القاضي علم اليقين وتوفرت اسباب الحكم وشروطه لا يجوز له بمقتضي المادة ١٨٢٨ من المجلة ان يؤخره . واذا كان الجم الغفير الذي اقامه اولاً احد الخصمين لم يفد الحاكم علم اليقين كان له عند الايجاب ان يسمع الجم الغفير الذي يقيمه الخصم الاخر

ولقائل ان يقول الاولى ان يسمع القاضي خبر الجماعتين المعدود في الظاهر تواتراً وبعد ذلك يوازن و يعادل بينهما فيعد تواتراً خبر الجماعة الذي يفيد علم اليقين ويرد الجماعة الاخرى وبذلك ينجو من تهمة الميل لاحد الخصمين والجواب ان هذا الراي غير حري بالقبول لان خبر الجماعة الذي سمعه القاضي في المرة الاولى لا يقال له في هذه الحالة تواتر اذ في هذه الصورة يكون قد اطلق التواتر على خبر الجم الغفير الذي سمع اولاً لضعف الجم الغفير الذي سمع في المرة الثانية والحال ان التواتر ينبغي ان يفيد علم اليقين من حيث خبر المخبرين وحده بوجه الحصر ولا يجوز ان يتخذ ضعف الجم الغفير الثاني سبباً لتقوية الجم الاول اذ لا عبرة في التواترين للنسبة والاضافة

ولو اراد احد الخصمين اقامة جم غفير تقدم بعضه ووجد لزوم لاستماع

باقيهم فامهل لاجل اقامتهم فقال الخصم الاخر ان له بينة التواتر وهي حاضرة وطلب من الحاكم استماعها فلا وجه لرد طلبه لانه لما طلب الحاكم ما بقي من الشهود علم ان ما سمعه منهم لم يفده علم اليقين (جريدة علمية عد ١)

ولمحكمة التميز جملة قرارات منها قرار مؤرخ في ١٣ ايلول ٣٠٩ مؤداه أن عدد شهود التواتر لا ينبغي ان يكون اقل من خمسة وعشرين شاهداً (ج · م · عد ٧٥٣) ولها قرار آخر مؤرخ في ٤ ايلول سنة ٣١١ مؤداه اذا قال المشتري انه يوجد طريق عام فاصل بين مشريه وملك الشفيع وان له على ذلك بينة التواتر فلا لزوم لتكليفه اقامة مثل هذه البينة لان كون الطريق خاصاً او عاماً يعرف بالمشاهدة فيلزم من ثم اجراء الكشف واستماع شهادة النصاب وتزكيتها (ج · م · عد ٨٦٢)

الباب الثاني

في الحجج الخطية والقرينة القاطعة

و ينقسم الى فصلين

الفصل الاول

في الحجج الخطية

☼ المادة ١٧٣٦ ☼ لا يعمل بالخط والختم وحدهما الا اذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع فيعمل به · يعني انه يكون مداراً للحكم ولا يحتاج الى الثبوت بوجه اخر

وعلى هذا لو كتب صراف على نفسه صكاً بمال معلوم وخطه معلوم بين الناس ثم مات فجاء غريم بطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه يحكم بذلك في تركته ان ثبت انه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة (رد محتار عن الاكمل)

﴿ المادة ١٧٣٧ ﴾ يعمل بالبراءات السلطانية وقيود الدفتر الخاقاني لانها امينة من التزوير

قال في الحامدية ومثل البراءة السلطانية الدفتر الخاقاني المعنون بالطرة السلطانية فانه يعمل به لعلة امن التزوير في هذا الدفتر كما يعرفه من شاهد احوال اهاليها حين نقلها اذ لاتحرر اولاً الا باذن السلطان ثم بعد اتفاق الجم الغفير على نقل مافيهما من غير تساهل بزيادة او نقصان تعرض عَلَى المعين لذلك فيضع خطه عليها ثم تعرض على المتولي لحفظها وهو المسمى بدفتر اميني فيكتب عليها ثم تعاد اصولها الى امكنتها المحفوظة بالختم فالامن من التزوير مقطوع به وبذلك كله يعلم جميع اهل الدولة والكتبة فلو وجد في الدفاتر ان المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية مثلاً يعمل به من غير بينة وبذلك يفتي مشايخ الاسلام كما هو مصرح به في بهجة عبد الله افندي وغيرها اه . ولمحكمة التمييز عدة قرارات منها قرار مؤرخ في ٢٦ كانون الاول ٣٠٧ مؤداها ان الدفتر الخاقاني المبحوث عنه في هذه المادة لا يراد به قيود دفتر الطابو بل قيود الدفاتر التي نظمت منذ بضعة اجيال بمعرفة محررين موثوق بهم وهي الان محفوظة بكمال الدقة في مخزن الدفتر الخاقاني المخصوص (ج . م . عد ٧٧٠)

قلت واكثر هذه الدفاتر قد نظمت في عهد السطان سليمان القانوني والسلطان مراد الثالث وعددها يبلغ تسعمائة وسبعين دفتراً

﴿ المادة ١٧٣٨ ﴾ يعمل ايضاً بسجلات المحاكم اذا كانت قد ضبطت سالمة عن الفساد والحيلة على الوجه الذي يذكر في باب القضاء

لان سجل القاضي لا يزور عادة حيث كان محفوظاً عند الامناء وقدمنا في الوقف عن الخيرية انه ان كان للوقف كتاب في سجل القضاة وهو في ايديهم اتبع ما فيه استحساناً اذا تنازع اهله فيه (رد محتار) . ولمحكمة التمييز قرار مورخ في ١٠ كانون الاول ٣٠٣ مؤداه انه لا يجوز العمل بسجل المحكمة اذا لم يكن ممضى من الرئيس والباش كاتب (ج . م . عدد ٧٥٥) . ولها قرار آخر مورخ في ٤ تموز ٣١١ مؤداه ان قيود خزينة المالية لا تعد من الحجج الخطية وعلى هذا لو ادعت الخزينة

على اخر ديناً بحكم الكفالة عن الملتزم فلا تثبت هذه الكفالة بقيود الخزينة (ج٠ م ٠عد ٨٧٦)

﴿المادة ١٧٣٩﴾ لا يعمل بالوقفية وحدها الا اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه فحينئذٍ يعمل بها

وعلى هذا لو كانت ضيعة في يد رجل فادعاها اخر انها وقف واحضر صكاً فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب من القاضي القضا بذلك فليس للقاضي ان يقضي به لانه يقضي بالحجة والحجة هي البينة والاقرار اما الصك فلا يصلح حجة لان الخط يشبه الخط وهذا اذا لم يكن كتاب الوقف محرراً في سجل القاضي المحفوظ فان كان كذلك عمل به استحساناً وفي الفتاوى الخيرية اذا كان للوقف كتاب في ديوان القضاة المسمى في عرفنا بالسجل وهو في ايديهم اتبع ما فيه استحساناً اذا تنازع اهله فيه والا ينظر الى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من ان قوّامه كيف كانوا يعملون وان لم يعلم الحال فيما سبق رجعنا الى القياس الشرعي وهو ان من اثبت بالبرهان حقاً حكم له به (حامدية ملخصاً) انظر شرح المادة ١٨٢١ فان فيه فوائد مهمة تعد تتمة لهذا الفصل

الفصل الثاني

في القرينة القاطعة

﴿المادة ١٧٤٠﴾ احد اسباب الحكم القرينة القاطعة ايضاً

﴿المادة ١٧٤١﴾ القرينة القاطعة هي الامارة البالغة حد اليقين٠ مثلاً اذا خرج رجل من دار خالية خائفاً مدهوشاً في يده سكين ملوثة بالدم فدخلت الدار في الحال وشوهد فيها رجل مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في ان قاتله هو ذلك الرجل ولا يلتفت الى الاحتمالات التي هي محض توهم كالقول ان الرجل ربما قتل نفسه راجع مادة ٧٤

او قتله اخر ثم تسور الحائط لان هذا احتمال بعيد لم ينشأ عن دليل (درمختار) ومن القرائن القاطعة ما لو تنازعا في حائط ولا بينة وكان متصلاً ببناء احدهما اتصال تربيع فانه يقضى له به لان ذلك دليل على سبق يده (درر) ومنها المسئلة التي مرت في المادة ١٦٥٩

الفصل الثالث

في التحليف

﴿المادة ١٧٤٢﴾ احد اسباب الحكم ايضاً اليمين او النكول عنه فاذا اظهر المدعي العجز عن اثبات دعواه حلف المدعى عليه بطلبه

اي بطلب المدعي اذ لا بد من طلبه اليمين في جميع الدعاوى الا في مسائل تذكر في المادة ١٧٤٦ وشرحها فان حلف المدعى عليه قضي له وان نكل قضي عليه وسيأتي تمام ذلك في المواد ١٨١٨ و ١٨١٩ و ١٨٢٠

ولكن اذا ادعى واحد على اخر بقوله انت وكيل فلان وانكر الوكالة فلا يلزم تحليفه كذلك اذا ادعى اثنان مالاً هو في يد ثالث وكل منهما يقول انه اشتراه منه فاقر المدعى عليه بانه باعه لاحدهما وانكر دعوى الاخر فلا تتوجه عليه اليمين والاستئجار والارتهان والاتهاب كالاشتراء في هذا الباب

لانه بعد ما اقر للاول لا يعتبر اقراره للثاني فلا يعتبر نكوله ايضاً وفي الدر المختار وحاشيته رد المحتار في كل موضع لو اقر لزمه فاذا انكر يستحلف الا في ثلاث : الاولى الوكيل بالشراء اذا وجد بالمشري عيباً فاراد ان يرده بالعيب واراد البائع ان يحلفه بالله ما يعلم ان الموكل رضي بالعيب لا يحلف فان اقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد . الثانية لو ادعى على الامر رضاه لا يحلف وان اقر لزمه وصورتها اشترى الوكيل شيئاً فظهر به عيب فاراد الموكل رده بالعيب فادعى عليه البائع انك رضيت بالعيب لا يحلف الامر لان الرد به يثبت للوكيل ما دام حياً ولوصيه من بعده لا للموكل .

الثالثة الوكيل بقبض الدين اذا ادعى المديون ان الموكل ابرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لا يحلف وان اقر لزمه اه ٠ وفيهما لا يستحلف المنكر في ست وعشرين مسالة : الاولى ادعى دائن الميت على رجل انك وصي الميت فادفع لي الدين من تركته فانكر الرجل كونه وصياً لا يحلف ٠ الثانية في دعوى الدين على الوصي اذا انكر الوصي الدين لا يحلف ٠ الثالثة اذا ادعى الدائن على الوكيل الوكالة فانكرها او ادعى عليه الدين وهو ثابت الوكالة فانكره ففي المسألتين لا يحلف كالوصي ٠ الرابعة اذا كان في يد رجل شيء فادعاه رجلان كل منهما انه اشتراه منه فاقر به لاحدهما وانكر للاخر لا يحلف لانه لما اقر به لاحدهما صار له فاذا نكل عن اليمين لا يصير للاخر فلا يحلف لعدم الفائدة وكذا لو انكر دعوى الفريقين فحلف لاحدهما فنكل وقضي عليه لم يحلف للاخر لان نكوله بمنزلة اقراره به للاول ٠ الخامسة لو ادعيا الهبة مع التسليم من ذي اليد فاقر لاحدهما لا يحلف وكذا لو نكل لاحدهما لا يحلف للاخر ٠ السادسة اذا ادعى كل منهما ان ذا اليد رهن عندي هذا الشيء وقبضته منه فاقر به لاحدهما او حلف لاحدهما فنكل لا يحلف للاخر ٠ السابعة ادعى احدهما انه ارتهنه من ذي اليد وقبضهُ وادعى الاخر انه اشتراه من ذي اليد وقبضه فاقر بالرهن وانكر البيع لا يحلف للمشتري ويقال للمشتري ان شئت فانتظر فك الرهن او افسخ البيع ولو اقر بالبيع وانكر الرهن فلا يحلف بالاولى لانه لما اقر بالبيع صار ملك المشتري فلا يملك الاقرار بعده بالرهن لانه اقرار عَلَى الغير وفائدة التحليف النكول الذي هو بمنزلة الاقرار ٠ الثامنة ادعى احدهما انه استأجره من ذي اليد والاخر الشراء منه فاقر بالاجارة وانكر الشراء لا يحلف لمدعيه ويقال لمدعيه ان شئت فانتظر انقضاء مدة الاجارة او افسخ البيع ٠ التاسعة اذا ادعى كل منهما الاجارة من ذي اليد فاقر لاحدهما او نكل لاحدهما لا يحلف للاخر بخلاف ما اذا ادعى كل منهما على ذي اليد الغصب منه اي من المدعي فاقر لاحدهما او نكل له فانه يحلف للثاني لانه لو اقر للثاني بالغصب يؤخذ به لانه اقرار عَلَى نفسه فيحلف رجاء نكوله لكن يلزمه للثاني ضمان المغصوب بالمثل او القيمة لا رد عين ما في يده لانه صار للاول فلا يملك اخراجه عنه وكذا لو ادعى كل منهما الايداع او الاعارة فاقر لاحدهما او نكل له فانه يحلف للثاني ايضاً فان نكل يلزمه قيمة الوديعة او المستعار لا رد عين ما في يده لانه صار للاول باقراره فلا يملك اخراجه عنه ٠ العاشرة لو ادعى انه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة

فانكر لا يستحلف المديون على قول الامام خلافاً لهما لانه لو نكل يلزمه الدفع وهو ضرر به اذ قد لا يصدق الموكل الوكيل عند حضوره فيضيع عليه ما دفعهُ ان هلك عند الوكيل من غير تعد . الحادية عشرة البائع اذا انكر قيام العيب للحال لا يحلف عند الامام حتى يبرهن المشتري لتتوجه الخصومة عَلَى البائع ولكن لو اقر البائع بقيام العيب للحال لزمه اقراره بمعنى انهُ صار خصماً في اثبات العيب وليس المراد انه بمجرد اقراره بقيام العيب للحال عند المشتري يلزمه استرداد المبيع لانه لا بد من اثبات وجود العيب عند البائع ايضاً حتى يثبت الرد . الثانية عشرة الشاهد اذا انكر رجوعه لا يستحلف ولو اقر به ضمن ما تلف بها . الثالثة عشرة لا يستحلف الاب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم ولا المتولي للمسجد والاوقاف الا اذا ادعي عليهم العقد فحينئذٍ يحلفون . الرابعة عشرة لو ادعى على رجل شيئاً واراد استحلافه فقال المدعى عليهِ هو لابني الصغير فلا يحلف لانه لما اقر به للصبي ظهر انه من ماله بخلاف ما لو اقر انه لغائب كما لو ادعى عليه ان ما في يده له فقال المدعى عليه هو لفلان الغائب لم يظهر جحوده ولا تصديقه ولا تسقط عنه اليمين فيحلف للمدعي فان نكل قضي به عليه وينتظر قدوم الغائب فان صدق المدعي فبها والا دفع له وضمن قيمته للمدعي والفرق بين الغائب والصبي ان الاقرار للغائب يتوقف عمله على تصديقه فلا يملك العين بمجرد الاقرار فلا تسقط اليمين عن المدعى عليه بخلاف اقراره للصغير . الخامسة عشرة لو اشترى داراً فحضر الشفيع فنكر المشتري الشراء واقر ان الدار لابنه الصغير ولا بينة فلا يمين على المشتري لانه قد لزمه الاقرار لابنه واقراره بالشفعة على ابنه لا يجوز فلا يفيد التحليف وهذا من جملة الحيل في الخصومات ولو برهن الشفيع على الشراء كان الاب خصماً لقيامه مقام الابن . السادسة عشرة لو اشترى الاب لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في مقدار الثمن فالقول للاب بلا يمين كما في كثير من كتب المذهب وذلك لان الثمن مال الصبي ولا يستحلف الاب في مال الصبي . السابعة عشرة اذا وهب لرجل شيئاً واراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ولا يمين عليه لانه ينكر الرد (انظر المادة ١٧٧٣) . الثامنة عشرة قال الواهب اشترطت العوض وقال الموهوب له لم تشترط فالقول له بلا يمين لان الاصل في الهبة ان تكون بلا عوض . التاسعة عشرة اشترى العبد شيئاً فقال البائع انت محجور وقال العبد انا مأذون فالقول له بدون يمين ولعل وجهه ان اقدام البائع على بيعه اعتراف

منه بالاذن فلا تسمع دعواه لتناقضه . العشرون باع القاضي مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب فقال القاضي ابرأتني من ذلك العيب فالقول قوله بلا يمين وكذا لو ادعى رجل قبله اجارة ارض اليتيم واراد تحليفه لان قوله عَلَى وجه الحكم وكذا في كل شيء يدعى عليه ولكن يرد على ذلك ان الحكم القولي يحتاج الى الدعوى وظاهره كما قال طحطاوي ان البينة لا تقبل عليه . الحادية والعشرون لو طعن المدعى عليه في الشاهد وقال ان الشاهد كان ادعى هذه الدار لنفسه قبل شهادته واراد تحليفه لا يحلف . الثانية والعشرون اذا كانت التركة مستغرقة بديون جماعة باعيانها فجاء غريم آخر وادعى ديناً لنفسه فالخصم هو الوارث لكنه لا يحلف لانه حينئذٍ لو اقر له لم يقبل . الثالثة والعشرون دفع لاخر مالاً ثم اختلفا فقال قبضت وديعة وقال الدافع بل لنفسك لا يحلف المدعى عليه لانهُ اقر بسبب الضمان وهو قبض مال الغير بل القول للدافع . الرابعة والعشرون الشاهد لو انكر الشهادة لا يحلف . الخامسة والعشرون المدعى عليهِ لو قال كذب الشاهد واراد تحليف المدعي ما يعلم انه كاذب لا يحلف اه وفي الانقروي عن معين الحكام اذا كان الوارث صغيراً وادعى احد ديناً عَلَى تركة ابيهِ فيؤخر يمين الصبي حتى يدرك اه . وفيه عن القاعدية رجل مات وترك الف درهم وعليه لرجل الف درهم فادعى رجل انها وديعة له عند الميت وانكر الورثة والغريم فلا يمين عليهم لانه لا يفيد نكولهم ولا يصح اقرارهم لانه لا حق لهم اما الورثة فلأن الدين مقدم واما الغريم فلان حقه ليس في عين التركة ولكنه متعلق بالتركة ولو كان مكان الغريم موصى له بالثلث يصح اقراره و يبطل حقه اه . وفي الدر المختار رجل قدم للقاضي رجلاً وقال ان فلاناً بن فلان الفلاني توفي ولم يترك وارثاً غيري وله على هذا الرجل كذا وكذا فانكر المدعى عليه دعواه فقال الابن استحلفه انه ما يعلم اني ابنه وانه مات . قال الحلواني فالصحيح ما قاله الامامان من انه يستحلف على العلم اه . وفي الهندية اما الحدود فاجمعوا انه لا يستحلف فيها الا في السرقة فاذا ادعى على اخر سرقة فانكر فانه يستحلف فان ابى ان يحلف لم يقطع ويضمن المال اه

﴿المادة ١٧٤٣﴾ اذا قصد تحليف احد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله والله او بالله مرة واحدة بدون تكرار

وتغلظ اليمين بذكر صفاته تعالى مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شي منه . وهذا اي التغليظ اذا شاء القاضي لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فتغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار في صفة التغليظ الى القاضي يزيد فيه ما شاء وينقص ما شاء الا انهُ يحتاط ويحترز من التكرار اي من عطف بعض الاسماء على البعض والا لتعدد اليمين ولو امره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضي عليه بالنكول لان المستحق يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم تغلظ اليمين جاز وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح وقيل تغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولا تغليظ بزمان على المسلم بان يستحلف في اول الجمعة او اخرها او ليلة القدر ولا بمكان بان يستحلف في مسجد الجامع عند المنبر لان المراد هو اليمين بالله تعالى والزيادة عليها زائدة على النص ويحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام ويحلف النصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله فحسب اذ يقر بالله تعالى انه خالقه اه عن الملتقى وشرحه مجمع الانهر وفي التنوير وشرحه للعلائي ويغلظ بذكر اوصافه تعالى والاختيار فيه وفي صفته الى القاضي فلو حلف بالله ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله وقد حصل اه

﴿المادة ١٧٤٤﴾ لا تكون اليمين الا في حضور الحاكم او نائبه ولا عبرة بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما

قال في الدر المختار قيدنا بتحليف الحاكم لانهما لو اصطلحا على ان يحلف عند غير قاضٍ ويكون بريئًا فهو باطل لان اليمين حق القاضي مع طلب الخصم ولا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضي اه

تتمة : قال في التنوير وشرحه للعلائي وصح فداء اليمين والصلح عنه لحديث ذبوا عن اعراضكم باموالكم ولا يحلف المنكر بعده ابداً وقيد بالفداء والصلح لان المدعي لو اسقط اليمين قصداً بان قال برئت من الحلف او تركته عليه او وهبته لا يصح

وله التحليف بخلاف البراءة عن المال لان التحليف للحاكم وكذا اذا اشترى بيمينه لم يجز لعدم ركن البيع اه

. ﴿المادة ١٧٤٥﴾ تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين . فلوكلاء الدعاوى ان يحلفوا الخصم

اذا فوضهم موكلوهم بذلك والا فلا . فانه بتاريخ ٧ ربيع اول سنة ١٢٩٢ صدر مذكرة سامية عن قرار ديوان الاحكام العدلية مدرجة في الصفحة الـ ٦٩١ من الجلد الثالث من الدستور حاصلها بما ان التحليف يترتب عليه مسؤولية معنوية فاذا عجز المدعي عن اثبات دعواه ولم يكن وكيله مأذوناً صريحاً في سند التوكيل الذي في يده بطلب التحليف فلا يكون تكليفه المدعى عليه لليمين كتكليف الاصيل ولو طلب وكيل المدعي يمين المدعى عليه بصورة خارجة عن مأذونيته وقبل المدعى عليه اليمين فلا يلزم من ذلك سقوط المدعي الاصيل من دعواه اه

ولكن اذا توجهت اليمين على موكليهم فيلزم تحليف الموكلين بالذات ولا يصح تحليف وكلائهم

ومثل الوكيل الوصي والمتولي وابو الصغير فانهم يملكون الاستحلاف ولا يحلف احد منهم الا اذا ادعى عليه العقد او صح اقراره على الاصيل فانه يستحلف حينئذٍ كالوكيل بالبيع فان اقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله وكالوكيل بالخصومة في الرد بالعيب من جهة المالك فانه يستحلف لان اليمين رجاء النكول واقرار الوكيل على الموكل صحيح فكذا نكوله (درر) وفي هامش الانقروي عن نور العين ادعى على الميت مالاً فله ان يحلف كل الورثة على علمهم ولا يكتفي بيمين احدهم ولو ادعى الورثة مالاً للميت على واحد وحلف احدهم المدعى عليه عند القاضي كفى وليس لبقية الورثة ان يحلفوه اذ النيابة لا تجري في الحلف وتجري في الاستحلاف ونظيره لو ادعى احد الشريكين حقاً من الشركة على رجل وحلفه المدعي ليس للاخر تحليفه وبمثله لو ادعى رجل على رجلين حقاً من شركتهما وحلف احدهما فله تحليف الاخر ولو ادعى جماعة في شراء على رجل فحلفه احدهم فلبقية المشترين ان يحلفوه بخلاف الورثة اه . قلت والفرق بين المشترين والورثة ان احد الورثة يصلح خصماً عن البقية كما مر في

المادة ١٦٤٢ من المجلة بخلاف المشترين فان احدهم لا يصلح خصماً عن الآخر كما تقدم في المادة ١٦٤٣ فان حلف احدهم المدعى عليه لا يكون نائباً في التحليف عن شريكه الغائب بخلاف احد الورثة لان احدهم ينوب عن البقية . وفي الهندية عن الذخيرة رجل وهب ارضاً من ميراث ابيه وسلمها الى الموهوب له ثم جاءت امرأة الميت فادعت لي الموهوب له ان الارض ارضها فانهم قسموا الميراث بعدما وهبت لك الارض فوقعت في قسمي وادعى الموهوب له ان الارض ارضه فانهم كانوا قسموا الارض قبل الهبة وقد وقعت الارض في قسم الواهب وعجز الموهوب له عن اقامة البينة وحلفت المرأة على ذلك ليس له ان يحلف سائر الورثة وأمر برد الارض

﴿ المادة ١٧٤٦ ﴾ لا يحلف الا بطلب الخصم ولكن يحلف من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب الاول اذا ادعى واحد على التركة حقاً واثبته فيحلفه الحاكم بانه لم يستوفِ هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا ابرأه منه ولا احاله به على غيره ولا اوفاه احد وليس للميت بهذا الحق رهن ، ويقال لهذا يمين الاستظهار

وهذه اليمين لا بد منها حتى ولو كان الميت قد اقر بالدين في مرض موته (در مختار) بل ولو ابى الوارث الخصم تحليف الدائن فلا بد ايضاً من تحليفه (بزازية) لانه حق الميت وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى وقيد باثباته بالبينة لانه لو اقر به الوارث او نكل عن اليمين المتوجهة عليه لا يحلف الدائن كما يعلم من مسئلة اقرار الورثة بالدين وبما قدمناه من كون الاقرار حجة بنفسه بخلاف البينة تأمل . لكن ذكر في خزانة ابي الليث خمسة نفر جاز للقاضي تحليفهم ثم قال ورجل ادعى ديناً في التركة يحلفه القاضي بالله ما قبضه اه فهذا مطلقاً وما هنا مقيد بما اذا اثبته بالبينة وتعليلهم بانه حق الميت ربما يعكر على ما تقدم وقد يقال التركة ملكهم خصوصاً عند عدم الدين على الميت وقد صادف اقرارهم ملكهم فاني يرد بخلاف البينة فانها حجة قائمة من غيرهم عليهم فيحتاط فيها واما الاقرار فهو حجة منهم على انفسهم فلا يتوقف على شيء آخر واقول ينبغي ان يحلفه القاضي مع الاقرار فيما اذا كان في

التركة دين مستغرق لعدم صحة اقرارهم فيها والحال هذه فيحلفه القاضي بطلب الغرماء اذا اقام بينة و بغير طلبهم لكن اذا صدقوه شاركهم لانهم اقروا بان هذا الشيء الذي هو بينهم خاص بهم لهذا فيه شركة معنا بقدر دينه (تكملة) وفي الحامدية ومن ادعى ديناً على الميت يحلف من غير طلب الوصي والوارث لان اليمين ليست للوارث ههنا وانما هي للتركة وقد يكون له غريم اخر او موصى له فالحق في هذا شركة الميت فعلى القاضي الاحتياط في ذلك ولا يدفع للدائن شيئاً حتى يستحلف وقال في البحر لم ارَ حكم من ادعى انه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف و ينبغي ان يحلف احتياطاً قال التمرتاشي ينبغي ان لا يتردد في التحليف اخذاً من قولهم الديون تقضى بامثالها لا باعيانها واذا كان كذلك فهو قد ادعى على الميت ديناً وقال الرملي في حاشية البحر قد يقال انما يحلف في مسألة مدعي الدين على الميت احتياطاً لاحتمال انهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفى في باطن الامر واما في مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور فكيف يقال ينبغي ان لا يتردد في التحليف اه . اقول وكلام الرملي هو الاوجه كما لا يخفى على من تنبه اه ما في الحامدية وفي رد المحتار ان للوصي ان يدفع المال الى الدائن اذا اقر به الميت عنده كما نصوا عليه وتمامه في البيري

ويمين الاستظهار لا بد منها ولو كان الوارث المدعى عليه غائباً عن المحاكمة فيحلفها المدعي بحضور الوكيل المسخر وان ذهلت المحكمة عن ذلك وعلقت اليمين على وقوع الاعتراض فالحكم ينقض و بذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٢٦ نيسان ٣١٠ (ج . م . عد ٧٧٦)

الثاني اذا استحق رجل مالا واثبت دعواه حلفه الحاكم بانه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه . الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم بانه بعد اطلاعه على العيب لم يرضَ به قولاً او دلالةً كتصرفه تصرف الملاك علَى ما ذكر في مادة ٣٤٤ . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفعته . يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه

ويستحلف ايضاً بلا طلب الخصم في مسئلة خاصة وهي اذا طلبت المرأة فرض النفقة على زوجها الغائب تستحلف انه لم يطلقها زوجها ولم يترك لها شيئاً ولا اعطاها النفقة وهذا على قول ابي يوسف المفتى به (تكملة عن البحر)

﴿ المادة ١٧٤٧ ﴾ اذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا يعتبر يمينه ويلزم ان يحلفه الحاكم مرة اخرى

والمقصود انه لا يصح الا تحليف الحاكم وكذا لو حلفه الحاكم بدون طلب الخصم لا تعتبر يمينه ويحلف تكراراً بطلب الخصم الا في المواضع المستثناة في المادة السابقة وشرحها . وفي الهندية الاستحلاف يجرى في الدعاوى الصحيحة دون فاسدتها وفيها عن الذخيرة ادعى على آخر مالاً وانكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى عليه في مجلس آخر انك استمهلت مني هذا المال وصرت مقراً بالمال والمدعى عليه ينكر المال والاستمهال يحلف على المال دون الاستمهال لان بالاستمهال يصير مقراً والاقرار حجة المدعي والمدعى عليه لا يحلف على حجة المدعي فانه لا يحلف بالله ما للمدعي بينة اه

﴿ المادة ١٧٤٨ ﴾ اذا اراد الرجل ان يحلف على فعل نفسه يحلف على البتات . يعني يحلف على القطع بان هذا الشيء كذا او ليس بكذا اما اذا اراد ان يحلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم يعني يحلف على عدم علمه بذلك الشيء بان يقول مثلاً والله لا اعلم ان مورثي استدان من هذا او ليس لي علم بذلك

وذلك لانه لا يعلم ما فعل غيره ظاهراً فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقاً فيها فيتضرر به فطولب بالعلم فاذا لم يقبل مع الامكان صار باذلاً او مقراً وهذا اصل مقرر عند ائمتنا (درر) ومما يتفرع عنه انه لو ادعى رجلان شيئاً بالشراء من واحد وادعى احدهما سبق شرائه على شراء الاخر وعجز عن اثباته حلف خصمه بانه لا يعلم ان المدعي اشتراه قبله وكذا اذا ادعى ديناً او عيناً على ميت بحضور وارثه وعجز عن اثباته يحلف الوارث ايضاً على عدم العلم اما لو ادعاها اي الدين او

العين الوارث على اخر فيحلف المدعى عليه على البتات كما لو وهب رجل من رجل عبداً وقبضه او اشترى رجل من رجل عبداً فجاء رجل وادعى العبد ولا بينة له واراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات (درر) وفيه اعلم ان كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يعتبر حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنهُ و يقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقاً بخلاف العكس ذكره الزيلعي اهـ . وفي الانقروي عن الخلاصة رجل امر رجلاً بان ينفق عَلَى اهله عشرة دراهم في كل شهر فقال قد انفقت وكذبه الآمر فاراد المامور يمين الآمر يحلف بالله ما تعلم انه انفق عَلَى اهالك عشرة دراهم اهـ وفيه عن خزانة المفتين اذا وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل الغير من وجه بان قال اشتريت مني استأجرت مني استقرضت مني فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف عَلَى البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل بيمينه فاذا حلف برئ المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علماً بذلك فانه قال قبض الموكل الثمن فكان له علم بذلك فيحلف على البتات اهـ

﴿المادة ١٧٤٩﴾ اليمين اما بالسبب او بالحاصل فاليمين بوقوع امر او بعدم وقوعه يمين بالسبب واليمين ببقائه حالاً او بعدم بقائه يمين بالحاصل . مثلاً اليمين في دعوى البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع اصلاً هي يمين بالسبب اما اليمين ببقاء العقد في الحال او بعدم بقائه فهي يمين بالحاصل

لم يتبين في هذه المادة سوى تعريف اليمين بالسبب واليمين بالحاصل ولم يتبين

فيها متى يجب التحليف باحدهما دون الاخر فقول لقد اختلفت الاقوال في ذلك واصحها ما رواه الحلواني عن ابي يوسف وهو ان المدعى عليه لو انكر السبب يحلف على السبب ولو قال ما عليَّ ما يدعيه يحلف على الحاصل قال قاضيخان وهذا احسن الاقاويل عندي وعليه اكثر القضاة اقول وجمعية المجلة قد رجحت هذه الرواية عن ابي يوسف في قانون اصول التحليف الذي وضعته ننشره هنا تعميماً للفائدة اذ عليه الاعتماد وهو هذا :

عندما يلزم تحليف المدعى عليه يحلف في المحكمة التي رؤيت الدعوى فيها او بحضور النائب الذي ترسله المحكمة وحضور الخصم ايضاً على الوجه الآتي ان الحاكم او نائبه يصور المسئلة و يسأل المدعى عليه قائلاً اتقسم على هذا الامر فبعد ان يقول نعم اقسم يصور له كيفية القسم ويحلفه وفقاً للمادة ١٧٤٤ من المجلة بكلمة والله اي يجعله ان يقسم باسم حضرة الباري تعالى و يجوز ان يقول كلمة والله بالله وتالله وفي الفارسية بخدا سو كند يخورم وفي التركية اللهه اند ايجرم اذا انكر المدعى عليه مدعى المدعي وجب عَلَى المدعى عليه اليمين فان كان الشيء المدعى من فعل المدعى عليه يجب ان تكون اليمين عَلَى البتات وان كان من فعل غيره فعلى عدم العلم انظر المادة ١٧٤٨ من المجلة وتكون اليمين ايضاً على السبب او على الحاصل اي تكون على حاصل دعوى المدعي وعليه فتنقسم اليمين الى قسمين كما ترى

ينظر الى دعوى المدعي وانكار المدعى عليه فان كان المدعي طالباً حقاً ما ولم يتبين جهة الحق او سببه او ان كان ادعى بمقتضى المادة ١٦٧٨ من المجلة بملك مطلق وانكر المدعى عليه ايضاً تلك الدعوى فالقسم حينئذٍ يكون عَلَى الحاصل وكذلك اذا ادعى المدعى بحق ما و بين جهته او بملك ما و بين السبب وانكر المدعى عليه حاصل دعواه بتمامها فاليمين تكون على الحاصل ايضاً ولكن اذا انكر المدعى عليه الجهة او السبب فيحلف حينئذٍ على السبب كما سيتضح ذلك من الامثلة الاتية

بعض امثلة للتحليف بتاتاً

اذا ادعى المدعي على المدعى عليه ولم يبين جهة الدين كما لو قال لي عليك مبلغ كذا من الغروش ادفعه اليَّ فانكر المدعى عليه مدعاه وعجز المدعي عن الاثبات وطلب تحليف خصمه اليمين فالحاكم يحلفه عَلَى الصورة الاتية بقوله والله لست مديوناً بمبلغ كذا غروش لهذا الرجل . وهذا من قبيل التحليف على الحاصل

صورة اخرى

اذا ادعى المدعى على المدعى عليه بقوله ان العقار المعلوم الحدود الكائن في يدك هو ملكي وانت واضع اليد عليه بدون حق فارفع يدك عنه واجاب المدعى عليه بالانكار وعجز المدعي عن الاثبات وطلب يمين خصمه فالحاكم يحلفه اليمين هكذا والله ان ذلك العقار لم يكن ملك هذا الرجل وهذا القسم ايضاً من قبيل الحلف على الحاصل

مسألة اخرى

لو ادعى المدعي بان قال لي عليك مبلغ كذا غروش قرضاً اطلبه الان فان انكر المدعى عليه حاصل الدعوى بقوله لست مدبوناً لك فالحاكم يحلفه على الحاصل بقوله والله لست مديوناً له بمبلغ كذا غروش ولو انكر المدعى عليه بقوله لم استقرض منه كذا غروشاً فيحلفه الحاكم وقتئذٍ اليمين على السبب بقوله والله لم استقرض من هذا الرجل ذلك المبلغ

صورة اخرى

لو ادعى المدعى عليه بعقار معلوم الحدود واضع يده عليه وانه بتاريخ كذا قد باعه منه بمبلغ عشرة الاف غرش فابتاعه وجاء الان يطلب من المدعى عليه قائلاً ان ذلك العقار بسبب البيع والشراء المذكورين صار ملكي فخذ عشرة الاف الغرش وسلم الي العقار فان انكر المدعى عليه حاصل الدعوى بقوله ان هذا العقار ليس هو ملكك فالحاكم يحلفه اليمين على الحاصل بقوله ان هذا العقار ليس هو بملك هذا الرجل ولو انكر المدعى عليه السبب وقال انني لم ابعك هذا العقار قط فيحلفه الحاكم اليمين على السبب بقوله والله اني لم ابع هذا العقار من هذا الرجل

مسألة اخرى

لو ادعى المدعي على المدعى عليه بقوله ان لي قبل فلان مبلغ كذا غروش من جهة كذا وانت صرت كفيلاً بتاديته بامره وبحسب كفالتك وجب حقي عليك به فاطلبه منك فاجاب منكراً وعجز المدعي عن الاثبات وطلب تحليف خصمه اليمين فالحاكم يحلفه هكذا والله ليس لهذا عليَّ حق بمبلغ كذا من جهة الكفالة التي بينها وادعى بها

مسألة اخرى

اذا ادعى المدعي على المدعى عليه بقوله لي عليك حق بمبلغ كذا غروش ثمن مبيع

وانك اقررت به من جهة كذا ايضاً وعجز المدعي عن اثبات اصل الدين وعن اثبات اقرار المدعى عليه به وطلب اليمين من خصمه فلا يحلف على الاقرار بل على المال كما يلي والله لم اكن مديوناً لهذا الرجل بمبلغ كذا غروش

بعض امثلة في التحليف عَلَى عدم العلم

اذا ادعى مدعٍ على تركة ميت بمبلغ كذا غروش ولم يبين الجهة وعجز عن الاثبات وطلب تحليف الوارث فيحلفه الحاكم على عدم العلم هكذا والله لست اعلم ان عَلَى مورثي مبلغ دين كذا لهذا الرجل

صورة اخرى

اذا ادعى اخر ان فلاناً استقرض مني في حال حياته كذا بتاريخ كذا وصرفه لاجل اموره وهو باقٍ بذمته حتى الان فاطلبه من تركته وانكر الوارث ذلك وعجز المدعي عن الاثبات وطلب من الوارث اليمين فان انكر كون مورثه مديوناً للمدعي يحلفه الحاكم اليمين هكذا والله لست اعلم ان مورثي مديون لهذا الرجل بمبلغ كذا وان انكر الاستقراض فيحلفه الحاكم هكذا والله لست اعلم ن مورثي استقرض من هذا الرجل مبلغ كذا

صورة اخرى

اذا ادعى واحد على اخر بان العقار الذي اشتراه من زيد قد اشتراه هو منه قبلهُ وعجز عن الاثبات وطلب تحليف المدعى عليه فالحاكم يحلفه اليمين على عدم العلم اي انه لا يعلم ان المدعي اشترى ذلك العقار من صورة الرجل قبله وهاك صورة القسم والله انا لا اعلم ان هذا الرجل اشترى هذا العقار من ذلك الرجل اه

وفي الهندية ولو ان رجلاً ادعى على رجل انك اشتريت داراً بجنب داري وانا شفيعها فاقر المدعى عليه بالشرا والجوار الا انه قال بان الشفيع لم يطلب الشفعة حين علم بالشرا وقال الشفيع لا بل طلبت فالقول قول الشفيع مع اليمين فاذا طلب المشتري يمينه يحلفه القاضى بالله لقد طلبت شفعة هذه الدار حين بلغك شراؤها واشهدت على ذلك بحضرة احد المتبايعين او الدار واذا ادعى الشفيع انه بلغه الخبر ليلاً وانه طلب الشفعة واشهد عليه حين اصبح حلفه القاضي بالله ما بلغك الا في الوقت الذي تدعي وقد طلبت الشفعة واشهدت على ذلك حين اصبحت اه

﴿ المادة ١٧٥٠ ﴾ اذا اجتمعت دعاوى مختلفة يكفي فيها يمين واحدة ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة

وبناءً عليه لو ادعى رجل على اخر اشياء من الدراهم والدنانير والعروض والضياع وانكر المدعي عليه وأراد المدعى تحليفه فالقاضي يجمع الكل ويحلفه يميناً واحدة (علي افندي عن الخلاصة) ولكن الوكيل بالخصومة اذا ادعى ديناً لموكله على رجل واراد ان يحلف المدعى عليه فقال المدعى عليه احضر موكلك حتى يجمع كما يدعي علي لاحلف ليس له ذلك وكذلك اذا خاصم رجلاً في شيء فقال المطلوب للقاضي ان هذا المدعي يريد اتعابي فمره يجمع دعاويه حتى انظر فيها فاقر بما يجب اقراره بذلك واحلف في ما يتوجه علي اليمين قالوا ان تحرز القاضي عن الابرام امره بذلك ولا يجبره وقال الفقيه ابو جعفر ان عرف القاضي المدعي بالتعنت امره حتى يجمع دعاويه وان لم يكن كذلك لم يامره وقال ابو نصر ان كان لرجل عَلى رجل دعاوى متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء بل يأمره حتى يجمع الدعاوى ويحلفه يميناً واحداً (خانية)

﴿ المادة ١٧٥١ ﴾ اذا عرض الحاكم اليمين على من توجهت عليه في الدعاوى المتعلقة بالمعاملات ونكل عنها صراحة بقوله لا احلف او دلالة كسكوته بلا عذر حكم الحاكم بنكوله

اما لو سكت لعذر كخرس وطرش فلا يحكم عليه (تنوير) وفي الدر المختار وعرض اليمين ثلاثاً ثم القضاء احوط وهل يشترط القضاء فور النكول فيه خلاف ولم ارَ فيه ترجيحاً اه وفي الهندية وعرض اليمين ثلاثاً لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر اما المذهب فهو انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز وهو الصحيح والاول اولى اه

واذا اراد ان يحلف بعد الحكم فلا يلتفت اليه ويبقى حكم الحاكم على حاله

وذلك لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضا اما لو اقام البينة بعد النكول فانها تقبل . قال في البحر ثم اعلم ان القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من اقامة البينة بما يبطله لما في الخانية رجل اشترى من رجل عبداً فوجد به عيباً فخاصم البائع فانكر

البائع ان يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه والزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت اليه من هذا العيب واقام بينة قبلت بينته اه لان نكوله عن الحلف بذل او اقرار بان العيب عنده فاقامة البينة بعده على انه تبرأ اليه من العيب مؤكد لما اقرّ به في ضمن نكوله وهذا بخلاف ما لو ادعي عليه مالاً ونكل عن اليمين فقضى عليه به يكون اقرارا به وحكماً به فاذا برهن على انه كان قضاه اياه يكون تناقضاً ونقضاً للحكم فلا يقبل (تكملة) وفي الخانية ولو ان القاضي عرض اليمين على المدعي عليه ثلث مرات فابى ان يحلف ثم قال قبل القضاء انا احلف يحلفه ولا يقضى عليه بشيء اه . وعلله في الدرر بانه لا يلزم فيه نقض القضاء

﴿ المادة ١٧٥٢ ﴾ تعتبر يمين الاخرس ونكوله عن اليمين باشارته المعهودة

راجع المادة ٧٠ . وتحليف الاخرس ان يقول له القاضي عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا وكذا فاذا اومأ برأسه اي نعم صار حالفاً . ولو كان اصم ايضاً كتب له ليجيب بخطه ان عرفه والا باشارته ولا يستحلفه بالله ما لهذا عليك الف ويشير الاخرس برأسه اي نعم لانه اذا قال نعم يكون اقراراً لا يميناً (در مختار وهندية)

﴿ المادة ١٧٥٣ ﴾ اذا قال المدعي ليس لي شاهد اصلاً ثم اراد ان يأتي بشهود، او قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد اخر لا يقبل قوله

لظاهر التناقض كما في الدرر وهذا قول الامام الاعظم الذي على خلافه كانت المتون كالتنوير والغرر والملتقى و بناء على هذه المادة لو قال المدعي لا بينة لي وطلب يمين المدعي عليه فحلف ثم اراد المدعي ان يقيم البينة لا يقبل منه

قال العلامة حيدر افندي ان جمعية المجلة الملغاة قد فسرت هذه المادة على الوجه الآتي وهو : كما ان قول المدعي لا شاهد لي لا يمنع قبول الشهادة في المسائل التي تقبل بها البينة حسبة بدون سبق دعوى اذا لم يؤخر الشاهد شهادته بلا عذر

فكذا لو قال ولي اليتيم وغير الرشيد او وصيهما او قال امين بيت المال في الدعوى العائدة لهم لا شاهد لي اصلاً فذلك لا يمنع ايضاً من قبول الشهادة قياساً على تلك المسألة الشرعية اه ثم قاس دعوى الوقف على دعوى بيت المال فقال لو طلبت البينة من المتولي فاجاب لا شهود لي ثم اقام البينة قبل منه ذلك اه

الباب الرابع

في التنازع بالايدي

﴿ المادة ١٧٥٤ ﴾ يلزم اثبات اليد بالبينة في العقار المنازع فيه ولا يحكم بها بتصادق الخصمين · يعني انه لا يحكم بان المدعى عليه ذو يد باقراره عند دعوى المدعي

بل لا بد من اقامة البينة من المدعي بان العقار في يد المدعى عليه اذ اليد لا تثبت في العقار بتصادقهما لان اليد فيه غير مشاهدة فلعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم (رد محتار) ولا بد ايضاً من ان يشهد الشهود بانهم عاينوا العقار في يد المدعى عليه · قال في الخيرية ثم اذا شهدا بيده يسألهما القاضي عن سماع شهدا بيده او معاينة لانهما ربما سمعا اقراره انهُ بيده وظنا انهُ يطلق لهما الشهادة وهذه تشتبه على كثير من الفقهاء اه ثم ان هذا في العقار كما هو صريح المادة بخلاف المنقول فان اليد فيهِ تثبت بتصادق الخصمين ولا حاجة الى اثباتها بالبينة وذلك لمعاينة اليد عليه (در مختار) واعترض بعضهم بان هذا يشمل فقط ما يمكن احضاره مجلس الحكم لا ما لا يمكن احضاره كصبرة بر ورحى كبيرة فينبغي ان يلحق بالعقار لمشابهته به ورده في التكملة بان هذا الاعتراض في غاية السقوط لان ما تعذر نقله من المنقول يحضر اليه القاضي او يبعث اميناً او نائبه فيسمع و يقضي ثم يمضي القاضي حكمهُ ففي صورة الحضور مشاهد ايضاً وفي صورة بعث القاضي امينهُ كالمشاهد ولذلك امضى قضاه بخلاف العقار فان كونهُ في يد المدعى عليهِ قد لا يشاهده القاضي وان حضر عنده اه ولمحكمة التميز قرار مؤرخ

في ١٨ تشرين الاول ٣٠٩ مؤداه اذا كان الماء النابع غير محرز عد من المياه المباحة وحينئذٍ لا يلزم لاجل توجه الخصومة فيهِ اثبات وضع اليد بالبينة كما في دعوى العقار (ج٠م عد٧٥٢)ولها قرار آخر مؤرخ في ٢٥ كانون الثاني ٣٠٤ مؤداه اذا صادق المشهود عليهِ بوضع اليد على شهادة الشهود فذلك لا يغني عن تزكيتهم لان تصديقه عبارة عن الاقرار بوضع اليد ووضع اليد لا يثبت بالاقرار (ج ٠م٠عد٨١٥)ولها قرار آخر مؤرخ في ١٣ نيسان ٣٠٧ حاصله اذا كانت الدعوى بآلة معصرة وكانت هذه الالة ثابتة لا تنقل فهي من قبيل العقار لا تثبت اليد عليها الا بالبينة كما في دعوى العقار ولا يكفي تصادق الخصمين (ج ٠ م ٠ عد ٨٢١) ٠ ولها قرار آخر مؤرخ في ١٨ مارت سنة ٣١٣ مؤداه انه في دعوي الشفعة لا يلزم اثبات اليد بالبينة (ج٠م٠ عد ٩٧٤)

ولكن اذا ادعى المدعي اني كنت اشتريت منك ذلك العقار او كنت غصبته مني فلا حاجة الى اثبات يد المدعى عليه بالبينة ويكفي في هذا تصادق الخصمين

والمراد انه يلزم اثبات اليد بالبينة اذا ادعى المدعي الملك المطلق اما لو ادعاه بسبب كالغصب والشراء كفى فيهِ تصادق الفريقين ولا يفتقر لبينة لان دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره (تنوير) وقد اشار بهذا الى الفرق بين دعوى الملك المطلق ودعوى الفعل وحاصله ان دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح عَلَى غيره ايضاً فانه يدعي عليه التمليك والتملك وهو كما يتحقق من ذي اليد يتحقق من غيره ايضاً فعدم ثبوت اليد لا يمنع صحة الدعوى اما دعوى الملك المطلق فدعوى ترك التعرض بازالة اليد وطلب ازالتها لا يتصور الا من صاحب اليد و باقراره لا يثبت كونه ذا يد لاحتمال المواضعة افاده في البحر (كذا في التكملة) و بناء على ما تقدم اذا ادعى عقاراً في يد آخر ملكاً مطلقاً فصادق المدعى عليه على وضع يده وانكر ملك المدعي لا تقبل بينة المدعي على الملك ما لم يقم البينة انها في يد المدعي عليه (خانية) واثبات اليد بالبينة في دعوى الملك المطلق محله فيما اذا لزم اثبات الملك بالبينة اما اذا ثبت باقرار المدعى عليه فلا لزوم عند ذلك لاثبات اليد بالبينة بل يكفي فيه تصادق الخصمين ٠ وفي الخانية رجل ادعي قبل رجل داراً

فقال المدعى عليه ليست في يدي فاقام المدعي بينة فشهدوا ان الدار في يد المدعى عليه وفي ملكه يسأل القاضي المدعي فان قال كما شهدوا انها في يده وفي ملكه فقد اقر بالدار وان قال صدقوا انها في يديه ولا اصدقهم انها في ملكه فله ذلك ويجعل المدعى عليهِ خصماً اه وفي جامع الفصولين لو انكر المدعى عليهِ اليد ولم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليهِ اه راجع شرح المادة ١٦٨٠

اما المنقول فذو اليد عليه هو من وجد في يده فلا حاجة فيه الى اثبات اليد بالبينة على الوجه المشروح بل يكفي تصادق الخصمين

﴿ المادة ١٧٥٥ ﴾ اذا تنازع اثنان في عقار وادعى كل منهما انه ذو اليد عليه تطلب البينة منهما في اول الامر لمعرفة ايهما ذو اليد فان اقاما كلاهما البينة على كونهما ذوي يد ثبتت اليد لهما بالاشتراك

انما تطلب البينة منهما لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليهِ فان اقاما البينة على اليد قضي بالدار لهما وتجعل الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث ينزعها القاضي من يده عند طلبهما وقبل البينة لا ينزعها من يده (هندية) وفي الخيرية لا تثبت اليد لهما بتصادقهما لاحتمال ان تكون يدهما يد ارتهان او استئجار

واذا ظهر عجز احدهما عن اثبات وضع يده واقام الاخر البينة بانه واضع اليد حكم باثبات يده وعد الاخر خارجاً

فيؤمر الخارج بترك التعرض لذي اليد الا انه لا يصير مقضياً عليهِ بذلك حتى لو اقام البينة على الملك بعد ذلك قضي له (انقروي عن البزازية) . واذا شهد الشهود باليد سألهم الحاكم عما اذا كانت شهادتهم عن معاينة او عن اقرار الخصم فان اجابوا عن معاينة قبلها والا ردها (طحطاوي)

وان لم يثبت احد الخصمين انه ذو اليد يحلف كل منهما بطلب الاخر بان خصمه ليس بذي اليد على ذلك العقار فان نكلا عن اليمين ثبتت اليد لهما على ذلك العقار بالاشتراك وان نكل احدهما وحلف الاخر حكم باليد

للحالف بالاستقلال وعد الاخر خارجاً وان حلفا معاً فلا يحكم لاحدهما باليد ويوقف العقار المدعى به الى ظهور حقيقة الحال

ولا تقبل البينة من احدهما على الملك لانهُ اذا لم يعلم ذو اليد لا يعرف من هو المدعي ولا من هو المدعي عليهِ (انقروي) ولو ادعيا الملك ونكلا قضي لكل واحد منهما بالنصف الذي يدعيهِ صاحبهُ وان حلف احدهما ونكل الاخر قضي بكلها ملكاً للذي حلف نصفها كان في يده ونصفها الاخر الذي في يد صاحبه صار للحالف بنكول صاحبه واذا اقام احدهما البينة قضي بكلها ملكاً له نصفها باليد ونصفها الذي كان في يد صاحبه بالبينة (انقروي عن الخلاصة) وفي جامع الفصولين غصب ارضاً وزرعها فادعي رجل انها لي وغصبها مني فلو برهن على غصبه واحداث يده يكون هو ذا اليد والزارع خارجاً ولو لم يثبت احداث يده فالزارع ذو يد والمدعي خارج ولو ادعى عقاراً انهُ له فاقر المدعى عليهِ انهُ كان بيد المدعي بغير حق قيل هو اقرار له باليد وبهِ يفتى اه ٠ وفي الهندية اذا تنازع اثنان في دار كل واحد منهما يدعي انها في يده واقام البينة على ذلك ثم ان احدهما قال انا اقيم البينة على ما هو اجود من هذا انا اقيم البينة على ان ابي مات وترك هذه العين ميراثاً لي ولا وارث له غيري واقام البينة على ذلك تقبل فيكون ذلك قضاء على الذي خاصمهُ ٠ وقوله في الكتاب انا اقيم البينة على ما هو اجود من هذا اعراض عن بينتهِ التي اقامها قبل ذلك حتى يصير خارجاً فتقبل بينته على الملك وفي واقعات الناطفي اذا اقام البينة على عبد في يدي رجل انهُ كان عبده وانهُ كان في يده منذ سنة حتى اغتصبهُ هذا الذي هو في يديهِ واقام ذو اليد البينة انهُ عبده منذ عشرين سنة فهو لمن في يديهِ (محيط) وفي العيون تنازعا في شيء فاقام احدهما البينة انهُ كان في يده منذ شهر واقام الاخر البينة انهُ في يده الساعة اقره القاضي في يد مدعي الساعة لان يد الاخر منقضية واليد المنقضية لا عبرة بها عند ابي حنيفة ومحمد ولو اقام احدهما بينة انهُ في يده منذ شهر واقام الاخر بينة انهُ في يده منذ جمعة قضي بهِ لمدعي الجمعة اه

الفصل الثاني

في ترجيح البينات

﴿المادة ١٧٥٦﴾ اذا ادعى اثنان مالاً احدهما بالاستقلال والاخر بالاشتراك وكل منهما متصرف فيه اي ذو يد عليه فبينة الاستقلال اولى يعني اذا اراد كلاهما اقامة البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشتراك

مثلاً لو كانت دار في يد رجلين احدهما يدعي نصفها والآخر يدعي الكل فبينة مدعي الكل اولى فان اقاماها فالدار كلها له نصفها لا بالقضاء ونصفها بهِ لانهُ خارج بيانه ان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده لتكون يده محقة ولا يدعي شيئاً في يد صاحبه فسلم النصف لمدعي الكل بلا منازعة فيبقي ما في يده لا على وجه القضا اذ لا قضاء بدون الدعوى واما مدعي الكل فانهُ يدعي ما في يد نفسه وما في يد الاخر ولا ينازعه احد فيما في يده فيترك ما في يده لا على وجه القضاء وقد اجتمعت بينة الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فكانت بينة الخارج اولى فيقضى له في ذلك النصف وبهذا سلمت له كل الدار نصفها بالترك لا على وجه القضاء ونصفها بالقضاء (تكملة عن العيني) وان لم يكن لمدعي الكل بينة فلا يمين عليهِ بل يحلف مدعي النصف فان حلف نترك الدار في ايديهما نصفين وان نكل يقضى لمدعي الكل (هندية) وفي التكملة عن المجمع وشرحه لابن ملك دار في يد ثلاثة ادعى احدهم كلها والاخر ثلثيها والاخر نصفها و برهن كل على ما ادعاه فلنفرض اسم مدعي الكل كاملاً ومدعي الثلثين ليثاً ومدعي النصف نصراً فهي مقسومة بينهم عند ابي حنيفة بالمنازعة من اربعة وعشرين لكامل خمسة عشر وهي خمسة اثمان الدار وربعها لليث وثمنها لنصر . بيانهُ اننا نجعل الدار ستة لاحتياجنا الى النصف والثلثين واقل مخرجها ستة في يد كل منهم سهمان ومعلوم ان بينة كل منهم على ما في يده غير مقبولة لكونه ذا يد وان بينة الخارج اولى في الملك المطلق فاجتمع كامل وليث على ما في يد نصر

فكامل يدعي كله وليث نصفه وذلك لانهُ يقول حقي في الثلثين ثلث في يدي وبقي لي ثلث آخر نصفهُ في يد كامل ونصفهُ في يد نصر فسلم لكامل نصف ما في يده وهو سهم بلا نزاع والنصف الاخر وهو سهم بينهما نصفان فيضرب مخرج النصف وهو اثنان في ستة فصارت اثني عشر ثم كامل ونصر اجتمعا على ما في يد ليث وهو اربعة فكامل يدعي كلهُ ونصر ربعهُ لانهُ يقول حقي في النصف ستة وقد اخذت الثلث اربعة وبقي لي سدس من الدار وهو سهمان سهم في يد ليث وسهم في يد كامل وثلاثة من الاربعة سلمت لكامل وتنازعا في سهم فيضرب مخرج النصف في اثني عشر فصارت الدار اربعة وعشرين في يد كل منهم ثمانية اجتمع كامل وليث على الثمانية التي في يد نصر فاربعة سلمت لكامل بلا نزاع لان ليثاً يدعي الثلثين وهو ستة عشر ثمانية منها في يده واربعة في يد نصر واربعة في يد كامل والاربعة بين كامل وليث نصفين لاستوائهما في المنازعة فحصل لكامل ستة والليث سهمان ثم اجتمع كامل ونصر على ما في يد ليث فنصر يدعي ربع ما في يده وهو سهمان فسلمت ستة لكامل واستوت منازعتهما في سهمين فصار لكل واحد منهم سهم فحصل لكامل سبعة ولنصر سهم ثم اجتمع ليث ونصر على ما في يد كامل فليث يدعي نصف ما في يده اربعة ونصر يدعي ربع ما في يده سهمين وفي المال سعة فيأخذ اربعة ونصر سهمين فيبقى في يد كامل سهمان فحصل لكامل مما في يد نصر ستة ومما في يد ليث سبعة ومما في يده سهمان فجميعهُ خمسة عشر وللثاني ستة وهي ربع الدار لانهُ حصل له مما في يد نصر سهمان ومما في يد كامل اربعة فذاك ستة وللثالث وهو نصر ثلاثة وهي ثمن الدار لانه حصل له مما في يد ليث سهم ومما في يد كامل سهمان وذا ثلاثة وبالاختصار تكون المسألة ثمانية خمسة اثمانها لكامل وربعها سهمان لليث وثمنها واحد لنصر وهذا قول الامام وقالا بالعول تقسم وبيانه ان الدار بينهم اثلاثاً كامل وليث اجتمعا على ما في يد نصر فكامل يدعي كله وليث نصفه فيأخذ اقل عدد له نصف وهو اثنان فيضرب كامل بكله سهمين وليث بنصفه سهماً فعالت الى ثلاثة ثم كامل ونصر اجتمعا على ما في يد ليث وكامل يدعي كلهُ ونصر ربعهُ ومخرج الربع اربعة فيضرب بربعه سهم وكامل بكله اربعة فعالت الى خمسة ثم ليث ونصر اجتمعا عَلَى ما في يد كامل فليث يدعي نصف ما في يده ونصر يدعي ربعه والنصف والربع يخرجان من اربعة فيجعل ما في يده اربعة لان في المال سعة فنصفه سهمان لليث

وربعه سهم لنصر وبقي ربع لكامل فحاصل هنا ثلاثة وخمسة واربعة وانكسر حساب الدار على هذا وهي متباينة فضربنا الثلاثة في اربعة فصارت اثني عشر ضربناها في خمسة صارت ستين ضربناها في اصل المسألة ثلاثة بلغت مائة وثمانين في يد كل واحد ستون فلكامل مائة وثلاثة لان ربع ما في يده وهي الخمسة عشر سلم له واخذ من نصر ثلثي ما في يده وهو اربعون ومن ليث اربعة اخماسه وهي ثمانية واربعون فصار المجموع مائة وثلاثة والليث خمسون لان ليثاً اخذ نصف ما في يد كامل وهو ثلاثون وثلث ما في يد نصر وهو عشرون وللثالث وهو نصر سبعة وعشرون لانه اخذ خمس ما في يد ليث وهي اثنا عشر وربع ما في يد كامل وهو خمسة عشر اه

ثم اعلم ان هذا كلهُ فيما اذا كانت العين في يد الخصمين اما لو كانت في يد آخر فقد قال في التنوير وشرحه للعلائي دار في يد آخر ادعى رجل نصفها واخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي للاخر بطريق المنازعة وهو ان النصف سالم لمدعي الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الاخر فينصف وقالا الثلث له له والباقي للثاني بطريق العول لان في المسالة كلاً ونصفاً فالمسألة من اثنين وتعول الى ثلاثة اه اي فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم فيقسم اثلاثاً بينهما والاصل انه اذا وقعت الدعوى في شيء معين كانت القسمة بطريق المنازعة ومتى كانت الدعوى في جزء غير معين وكان باسم السهم والنصيب كانت القسمة بطريق العول فالوجه للامامين ان الدعوى هنا وقعت في جزء غير معين وهو النصف فيقسم على طريق العول كما في المواريث وللامام ان الدعوى وقعت في العين وان كانت باسم النصف شائعاً لكن الدعوى لا تصح الا بالاضافة والاشارة الى محل معين كان يقول نصف هذه الدار فان صحت الدعوى على تعيين المحل الذي وقعت الدعوى فيه اخذ حكم دعوى شيء معين والعين لا تعول فيقسم على طريق المنازعة بخلاف المواريث والديون لان المنازع فيه ابتداء هو الديون في ذمة الميت دون العين وكذا المواريث انصباء غير معينة بل هي شائعة في التركة (تكملة عن الكافي) وان كانت العين في يد احدهما فبينة الخارج اولى سواء كان مدعياً الكل او النصف كما يفهم من المادة الاتية

واذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك حكم لهما بذلك العقار مشتركاً بينهما

وذلك لان كلاً منهما خارج وذو يد فتطلب منه البينة باعتبار انه خارج فان اقام البينة قضي لكل منهما بالنصف وهذا اذا لم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً او ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر اما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضى للاسبق كما في الهندية عن المحيط

واذا عجز احدهما عن الاثبات واثبت الاخر حكم له بان ذلك العقار ملكه بالاستقلال

واذا عجز كلاهما عن الاثبات يتحالفان فان حلفا بريء كلٌ من دعوى صاحبه و يبقى له نصف الدار بحكم وضع اليد وان نكلا قضي بينهما نصفين وان حلف احدهما ونكل الاخر قضي بالكل للحالف وقال في الهندية دار في يدي رجل منها منزل وفي يدي رجل آخر منها منزل آخر ادعى احدهما ان جميع الدار له وادعى الاخر ان الدار بينهما نصفين ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان حلفا فالمنزل الذي في يدي مدعي الجميع يترك في يديه و يقضى له بنصف المنزل الذي في يد مدعي النصف و يترك نصف المنزل الذي في يد مدعي النصف في يده على حاله و يقضي بالساحة بينهما و ينصرفان فيها على السواء وان اقاما البينة في هذه الصورة قبلت بينة كل واحد منهما على ما يد صاحبه كذا في المحيط ولو كان في يد احدهما بيت وفي يد الاخر بيوت والساحة في أيديهما وكل واحد منهما يدعي الجميع ولم تكن لهما بينة وحلفا يترك لكل واحد منهما ما في يده والساحة بينهما وان اقاما البينة يقضي بما في يد هذا للاخر وبما في يد الاخر لهذا والساحة بينهما نصفين كذا في شرح الطحطاوي . دار اسفلها فى يد احدهما وعلوها في يد الاخر وطريق العلو في الساحة فادعى كل واحد ان الدار له فالدار لصاحب السفل الا العلو وطريقه ولو كان العلو في يد احدهما والسفل في يد الاخر والساحة في يدهما ولم تكن لهما بينة وحلفا وكل واحد يدعي الجميع فيترك السفل في يد صاحب السفل والعلو في يد صاحب العلو والساحة لصاحب السفل ولصاحب العلو حق الممر في رواية وفي رواية

اخرى الساحة بينهما نصفين وان اقاما البينة يقضى بالسفل لصاحب العلو و بالعلو لصاحب السفل والساحة للذي قضي له بالسفل اه

﴿المادة ١٧٥٧﴾ بينة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق الذي لم يبين فيها تاريخ

وذلك لان البينة شرعت للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتًا لانه لا ملك له على المدعى بهِ بوجه وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج لكثرة ثبوتها (مجمع الانهر) ثم ان هذا مقيد فيما اذا لم يؤرخا او ارخا وتاريخ الخارج مساوٍ لتاريخ ذي اليد او اسبق اما اذا كان تاريخ ذي اليد اسبق فبينته اولى كما في الغرر ٠ وسيأتي في المادة ١٧٦٠ اما اذا ارخ احدهما ولم يؤَرخ الاخر ففيه خلاف والمشهور مذهب الامام ومحمد من ان بينة الخارج اولى ولا عبرة بالتاريخ حالة الانفراد خلافًا لابي يوسف مثاله لو قال الخارج هذا العبد لي غاب عني منذ شهر وقال ذو اليد هو لي منذ سنة فبينة الخارج اولى كما في التنوير لان ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين (در مختار) وفي الهندية دار في يد رجل ادعى رجل انها داره ملكها منذ سنة واقام ذو اليد بينة انهُ اشتراها من فلان منذ سنتين وهو يملكها وقبضها قضى بها للمدعي الخارج اه قلت والسر في ذلك ان ما ذكره ذو اليد تاريخ الشراء لا تاريخ الملك فبقي التاريخ من جهة الخارج فقط ٠ ثم اعلم ان دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق فاذا تنازع ناظر وقف في عقار وكل يدعي ان العقار جار في الوقف الذي هو تحت نظارته فبينة الخارج اولى كما في الملك المطلق وبهذا افتى في الحامدية ٠ ثم قال ومن المقرر ان دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف فلا تقبل بينة ذي اليد و بينة الخارج اولى كما في الهداية اه

مثلاً اذا ادعى رجل دارًا في يد آخر بانها ملكه وان هذا وضع يده عليها بغير حق وطلب تسليمها لهوقال ذو اليد ان هذه الدار ملكي فكانت يدي عليها بحق ترجح بينة الخارج وتُسمع

اما لو كان كل من المتداعيين خارجاً بان كانت العين في يد ثالث فلا ترجح

بينة احدهما على الاخر بل هما سواء قال في الهندية ادعيا ملكاً مطلقاً وكان في يدي
ثالث ولم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً فهو بينهما نصفين وان ارخا واحدهما اسبق
فهو للاسبق وان ارخ احدهما واطلق الاخر في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة يقضى
بينهما نصفين وهو الصحيح اه وقال في التنوير ولو برهن خارجان على شيء قضي به
لهما اه اي اذا ادعى اثنان عيناً في يد غيرهما وزعم كل منهما انها ملكه ولم يذكرا سبب
الملك ولا تاريخه قضي بالعين بينهما ان برهنا لعدم الاولوية واطلاقه فشمل ما اذا
ادعيا الوقف في يد ثالث فيقضى بالعقار نصفين لكل وقف النصف وهو من قبيل
دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف ولهذا قال في القنية دار في يد رجل اقام
عليه رجل البينة انها وقف عليه واقام قيم المسجد بينة انها وقف المسجد فان ارخا
فهي للسابق منهما وان لم يؤرخا فهي بينهما نصفين اه. وكما تقسم الدار بين الوقفين
كذلك لو برهن كل ان الواقف جعل له الغلة ولا مرجح فانها تكون بينهما نصفين
كما في الاسعاف ولو شهد اثنان على اقرار رجل بان ارضه وقف على زيد ونسله
وشهد اخران على اقراره بانها وقف على عمرو ونسله تكون وقفاً على الاسبق وقتاً
ان علم وان لم يعلم او ذكروا وقتا واحدا تكون الغلة بين الفريقين انصافاً ومن مات
من ولد زيد فنصيبه لمن بقي منهم وكذلك حكم اولاد عمرو واذا انقرض احد الفريقين
رجعت الى الفريق الباقي لزوال المزاحم اه قيد بالبرهان منهما اذ لو برهن احدهما
فقط فانهُ يقضى له بالكل فلو برهن الخارج الاخر بعد ذلك يقضى له بالكل لان
المقضي له اولاً صار ذا يد بالقضاء وان لم تكن العين في يده حقيقة فتقدم بينة الخارج
الاخر عليه وان لم يبرهنا حلف صاحب اليد فان حلف لهما تترك في يده قضاء ترك
لاقضاء استحقاق حتى لو اقاما البينة بعد ذلك يقضى لهما وان نكل لهما جميعاً يقضى
به بينهما نصفين (تكملة ملخصاً) وفيها عن الزيلعي والمنح اذا كانت عين في يد رجل
فاقام رجلان عليه البينة احدهما ان ذا اليد غصبها منه والاخر انه اودعها من ذي اليد
استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفين لان الوديعة تصير غصباً بالجحود حتى
يجب عليه الضمان اه وفي الهندية رجل في يديه دار اقام رجل عليهِ البينة انها داره
واقام رجل آخر البينة انها داره غصبها منه هذا المدعي الاخر فانه يقضى بالدار للمشهود له
بالغصب وكذلك لو كان مكان دعوى الغصب دعوى الايداع . ادعى بكر بيتاً هو في
يد سعد وزيد وبرهن انه له وكل واحد منهما برهن انه له فنصفهُ لبكر ونصفه لهما

ولو ادعى بكر الغصب او الوديعة على سعد فربعه لزيد وما بقي لبكر والاصل ان الخارجين اذا تنازعا في عين وادعي احدهما الغصب على احدهما و برهنا فالقاضي يقضي ببينة مدعي الغصب فكذا هنا ولو ادعى بكر الغصب عَلَي سعد وسعد عليه وادعى زيد ملكاً مطلقاً فنصفه لبكر ونصفه لهما ولو ادعى بكر على سعد وسعد على زيد وادعى زيد ملكاً مطلقاً فربعهُ لزيد وما بقي لبكر ولو ادعى بكر على سعد وسعد على زيد وزيد عَلَي بكر فلزيد النصف الذي في يد سعد ولبكر النصف الذي في يد زيد ولو ادعيا الغصب على بكر وهو على سعد فلزيد النصف الذي في يد سعد وما في يد زيد بين بكر وسعد ولو اقام سعد بينة انها داري غصبها مني زيد واقام زيد بينة انها داري غصبها مني سعد واقام بكر البينة انها داري غصبها مني سعدوزيد فلبكر نصف الدار والنصف الاخر بين سعد وزيد نصفين اه ما في الهندية

❊ المادة ١٧٥٨ ❊ ترجح بينة الخارج ايضاً على بينة ذي اليد في دعاوى الملك المقيد بسبب قابل للتكرر ولم يبين فيها التاريخ كالشراء لكونها في حكم دعوى الملك المطلق

ومثل الشراء الارث قال في الهندية دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انها داره ورثها من ابيه فلان واقام البينة فان لم يؤرخا او ارخا على السواء يقضى بينهما وان كان تاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر قضي بينهما نصفين وان ارخا ملك المورثين يقضى لاسبقهما تاريخاً ولو كانت الدار في يد احدهما فهي للخارج الا اذا كان تاريخ ذي اليد اسبق فهواولى وفي العمادية الخارج وذو اليد اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وفي تاريخ احدهما جهالة بان ادعى المدعي بانه اشتراها من زيد منذ سنة واقام البينة واقام ذو اليد البينة انه اشتراها من عمرو منذ سنة او اكثر ولا يحفظون الفضل فالبينة بينة المدعي وكذا اذا شهد شهود المدعى عليه انه اشتراها من فلان منذ سنة او سنتين وشكوا في الزيادة يقضى للخارج اه

ومثل الشراء ايضاً كل سبب قابل للتكرر كنسج الخز فانه يتكرر لان الخز (وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً) والصوف والشعر اذا بلي ينقض و يغزل مرة اخرى ثم ينسج والبناء فانه يتكرر ايضاً لانه يبنى ثم يهدم ثم يبنى ومثله

الغرس لان النخل يغرس غير مرة وزرع البر والحبوب لان البر قد يزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز البر منه ثم يزرع ثانياً فلم يكن في معنى النتاج وكذا كل ما يزرع مما يكال ويوزن فاذا ادعى ثوباً انه نسجه من خزه او ادعى داراً انها ملكه بناها او ادعى غرساً انه ملكه غرسه او حنطة انها ملكه زرعها واقام على ذلك وبرهن ذو اليد على مثل ذلك قضي للخارج وما اشكل بحيث لا يتيقن بالتكرار او عدمه رجع فيه الى اهل الخبرة فان اشكل عليهم ايضاً جعل كالملك المطلق اي قضي للخارج (مجمع الانهر ملخصاً) وفي التكملة ونصل السيف يسأل عنه فان اخبروا انه لا يضرب الا مرة كان لذي اليد والا فللخارج وقال ابو السعود ان اشكل على اهل الخبرة قضي به للخارج والواحد منهم يكفي والاثنان احوط اه

ولكن اذا ادعى كلاهما بانهما تلقيا الملك من شخص واحد ترجح بينة ذي اليد

لان يده دليل سبقه ولانهما استويا في الاثبات وترجحت بينة ذي اليد بيده وليس للثاني ما يعارضها فلا يساويه ولان يده الثابتة لا تنقضي بالشك ثم ان هذا اذا لم يؤرخا او اذا ارخ احدهما فقط او اذا ارخا واستوى تاريخهما او كان تاريخ ذي اليد اسبق اما لو كان تاريخ الخارج اسبق فبينة الخارج اولى (هندية) وسيأتي في المادة ١٧٦٠ وفي جامع الفصولين الخارج وذو اليد لو ادعيا ارثاً من واحد فذو اليد اولى كما في الشراء هذا اذا ادعى الخارج وذو اليد تلقي الملك من جهة واحد فلو ادعياه من جهة اثنين يحكم للخارج الا اذا سبق تاريخ ذي اليد بخلاف ما لو ادعياه من جهة واحد فانه ثمة يقضى لذي اليد الا اذا سبق تاريخ الخارج ولو كان تاريخ احدهما اسبق فهو اولى كما لو حضر البائعان وبرهنا وارخا واحدهما اسبق تاريخاً والمبيع في يد احدهما يحكم للاسبق اه

مثلاً اذا ادعى واحد على اخر دكاناً في يده بانه ملكه اشتراه من زيد ومع هذا وضع هذا الرجل يده عليه بغير حق وقال ذو اليد اني اشتريته من بكر او ورثته من والدي ولذلك وضعت يدي عليه ترجح بينة الخارج وتسمع ولكن اذا قال ذو اليد انا اشتريت هذا الدكان من زيد

كانت بينته حينئذٍ ارجح من بينة ذي اليد

هذا كله فيما اذا كان احد المتداعيين خارجاً والاخر ذا يد اما اذا كانا خارجين كما اذا برهنا على شراء شيء من ذي يد ولم يؤرخا فلكل نصفه بنصف الثمن الذي عينه كان ادعى احدهما انه اشتراه بمائة والاخر بمائتين اخذ الاول نصفه بخمسين والثاني نصفه بمائة اذا شاء واذا شاء تركه لتفريق الصفقة عليه وان ترك احدهما بعد ما قضي لهما لم ياخذ الاخر كله لانفساخ البيع في النصف بالقضاء اما لو ترك احدهما نصفه قبل القضاء به فللاخر ان ياخذه لانه اثبت ببينة انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو اولى فيرد البائع ما قبضه من الاخر اليه وان ارخ احدهما فقط فالمؤرخ اولى لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى بالشك اه عن الدر المختار ورد المحتار وفي التنوير وشرحه للعلائي وان برهن كل من الخارجين او ذوي الايدي او الخارج وذي اليد على الشراء من الاخر بلا وقت سقطا وترك المال المدعى به في يد من معه وقال محمد يقضى للخارج قلنا الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك ولو اثبتا قبضاً تهاترتا اجماعاً (درر) وقيد بقوله بلا وقت لانهما لو ارخا يقضى به لصاحب الوقت الاخير وقوله لو اثبتا قبضاً تهاترا هذا في غير العقار اما في العقار فان وقت البينتان ولم يثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى اولاً ثم باع قبل القبض من ذي اليد وهو جائز عندهما في العقار وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان اثبتا قبضاً يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا (طحطاوي عن العيني)

❋ المادة ١٧٥٩ ❋ بينة ذي اليد اولى في دعاوى الملك المقيد بسبب غير قابل للتكرر كالنتاج فلو تنازع الخارج وذو اليد في مهرة وادعى كل منهما انها ماله مولودة من فرسه ترجح بينة ذي اليد

وان كانت المهرة في ايديهما او في يد ثالث فانه يقضى بينهما نصفين كما في الهندية لان احدهما ليس باولى من الاخر . ثم انه ليس المراد نتاج العين في ملك

الخصمين بل نتاجها في ملكها او في ملك بائعيهما او مورثيهما (مجمع الانهر) قال في جامع الفصولين برهن كل من الخارج وذي اليد على نتاج في ملك بائعه حكم لذي اليد اذ كل منهما خصم عن بائعه فكأن بائعيهما حضرا وادعيا ملكاً بنتاج فانه يحكم لذي اليد ولو برهن انه له ولد في ملكه وبرهن ذو اليد انه له ولد في ملك بائعه يحكم به لذي اليد فلا يترجح نتاج في ملكه على نتاج ملك بائعه اه ثم اعلم ان تقديم بينة ذي اليد في النتاج على بينة الخارج مقيد بشرطين الاول ان لا يكون النزاع في الام اذ لو تنازعا فيها في ملك مطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها لا تقدم بينة ذي اليد بل يقضي للخارج لانهما ادعيا في الام ملكاً مطلقاً فيقضى بها للخارج ثم يستحق الولد تبعاً كما في جامع الفصولين والهندية . والثاني ان لا يدعي الخارج على ذي اليد فعلاً كغصب او وديعة او اجارة ونحوها اذ لو ادعى ذلك كانت بينته اولى وان لم يدع الخارج النتاج كما في الهندية وحاشية الطحطاوي عن البحر وفيه عن كافي الحاكم لو كان المدعيان النتاج خارجين بان كانت الدابة في يد غيرهما فانه يقضى بها بينهما اه وفي الهندية عن الكافي ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج احق ايهما كان وكذا لو كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج احق وان قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضي له الا ان يعيد ذو اليد البينة علي النتاج اه وفي الحامدية ولا بد في الشهادة على النتاج من ان يشهدوا بالملك لما في البحر ولو اقام البينة ان هذه الدابة نتجت عنده او نسج هذا الثوب عنده او ان هذا الولد ولدته امه ولم يشهدوا بالملك له فلا يقضى له اه اذ من المحتمل ان تلد الدابة في يده لانه اجير صاحبها

✻المادة ١٧٦٠✻ في دعوى الملك المؤرخ ترجح بينة الاسبق تاريخاً

سواء كان خارجاً او ذا يد كما يتضح من المثال الآتي وانما تقدم بينة الاسبق تاريخاً لانه يثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه احد وبعبارة اخرى يثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته وخصمه لا يدعى التلقي منه كما في الامثلة الاتية اما لو كان الخصم يدعي تلقى الملك منه فبينته اولى كما لو ادعى رجل عيناً انها ملكه من عشر سنين وادعى آخر انه اشتراها منه منذ سنة فبينة مدعي الشرا اولى لان خصمه وان كان يثبت اولية الملك فمدعي الشرا يدعي تلقي الملك منه

فصار كما اذا اقر بالملك ثم ادعى الشراء منه (رد محتار)

مثلاً اذا ادعى واحد ارضاً هي في يد اخر فقال اني اشتريتها من فلان مذ سنة وقال ذو اليد انها لي ورثتها من والدي الذي توفي منذ خمس سنين ترجح بينة ذي اليد وان قال ورثتها من ابي الذي مات منذ ستة اشهر ترجح بينة الخارج حينئذٍ

يرد عليه ان هذا المثال غير مستقيم لان تقديم بينة الخارج هنا لم تكن لسبق تاريخه بل لكونه خارجاً لان التاريخ هنا من جانب واحد وهو الخارج واما ذو اليد فلم يؤرخ سوى موت مورثه ولم يؤرخ ملكه فكأنه ادعى الملك المطلق لمورثه بدون تاريخ اللهم الا ان يقال بان هذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف اللذين يعتبران تاريخ الموت في دعوى الارث وخالفهما محمد في ذلك وثمرة الخلاف فيما اذا ادعى رجلان عيناً كل منهما ارثاً عن ابيه فاقام احدهما بينة ان اباه مات منذ سنة وتركها ميراثاً له واقام الاخر بينة ان اباه مات منذ سنتين وتركها ميراثاً له فعندهما يقضى للاسبق وعند محمد يقضى بينهما نصفين كما في الانقروي عن المحيط وذلك لانهما لم يؤرخا ملك مورثهما بل موت مورثيهما وعنده لا عبرة بتاريخ الموت فبقيت الدعوى بدون تاريخ فكانت من قبيل دعوى الملك المطلق لان كل وارث قائم مقام مورثه فكأن المورثين يدعيان على بعضهما ملكاً مطلقاً

كذلك اذا ادعى كل من الخصمين انه اشترى المدعى به من غير الذي اشترى منه الاخر وبينا تاريخ تملك بائعيهما ترجح بينة من كان تملك بائعه اسبق تاريخاً

اما اذا لم يؤرخا ملك بائعيهما بل ارخا شراءهما فقط فلا عبرة حينئذٍ لاسبقية التاريخ بل تكون الدعوى من قبيل الملك المطلق بدون تاريخ كما لو حضر البائعان وادعيا الملك من غير تاريخ قال في الملتقى وشرحه مجمع الانهر ولو برهن احدهما على الشراء من زيد وبرهن الاخر على الشراء من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء حتى يكون المبيع بينهما نصفين لان كل واحد منهما اثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق بلا

تاريخ فصار كما اذا حضر البائع فادعى الملك المطلق فيكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما وكذا لو وقت احدهما فقط لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحداً لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره اه

﴿ المادة ١٧٦١ ﴾ لا عبرة للتاريخ في دعوى النتاج وترجح بينة ذي اليد كما ذكر انفاً

وان كانت العين في ايديهما او في يد ثالث يقضى بينهما نصفين لاستوائهما وهذا اذا وافق تاريخهما سن الدابة او اشكل (هندية) وان وافقه تاريخ احدهما وخالفه الاخر فبينة من وافق تاريخه اولى كما سيأتي في الفقرة الاتية

الا انه اذا لم يوافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد ووافق تاريخ الخارج ترجح بينة الخارج

عملاً بشهادة الظاهر لان علامة الصدق ظهرت في من وافق تاريخه سنها فترجحت بينته في ذلك وفي الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها (رد محتار) ثم اعلم انه اذا وافق تاريخ احدهما سن الدابة وخالفه تاريخ الاخر فانه يقضى للذي وافق تاريخه سنها سواء كان خارجاً او ذا يد او كانا خارجين وان اشكل سن الدابة في موافقة احد التاريخين يقضى لهما بها اذا كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضي بها لذي اليد سواء اقام ذو اليد البينة على دعواه قبل القضاء للخارج او بعده (هندية)

وان خالف تاريخ كليهما او لم يكن معلوماً فتكون بينة كليهما متهاترة. يعني متساقطة ويترك المدعى به ويبقى في يد ذي اليد

وان كانت العين في ايديهما او في يد ثالث تبقى بينهما مناصفة (تنوير) والحاصل انه اذا ادعيا النتاج ولم يوًرخا او ارخا ووافق تاريخهما سن الدابة او خالفه او كان مشكلاً يقضى بينهما ان كانت في يدهما او في يد ثالث وان كانت في يد احدهما يقضي لذي اليد وان خالف تاريخ احدهما واشكل الاخر يقضي لمن اشكل عليه

تتمة : اعلم ان دعوى الرجلين لها صور كثيرة مختلفة اوصلها العلامة عبد الباقي افندي اسبري زاده الى ست وتسعين صورة وجعل لها ميزاناً يعرف بميزان المتداعيين وحيث كان سهل المنال احببت ذكره تعميماً للفائدة

ادعيا عيناً ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث

١ ان لم يؤرخا ٢ ان ارخا تاريخاً واحداً

يقضى بينهما يقضى بينهما

٣ ان ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٤ ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر

عندهما يقضى للاسبق وبه يفتى عند ابي حنيفة يقضى بينهما وبه يفتى

ادعيا ملكاً مطلقاً والعين في ايديهما

٥ ان لم يؤرخا ٦ ارخا تاريخاً واحداً

يقضي بينهما يقضى بينهما

٧ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٨ ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر

عندهما يقضى للاسبق وبه يفتى عنده يقضي بينهما وبه يفتى

ادعيا ملكاً مطلقاً والعين في يد احدهما

٩ ان لم يؤرخا ١٠ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى للخارج يقضى للخارج

١١ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ١٢ ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر

عندهما يقضى للاسبق وبه يفتى عند محمد يقضى للخارج وبه يفتى

ادعيا ملكاً ارثاً من ابيه والعين في يد ثالث

١٣ ان لم يؤرخا ١٤ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى بينهما يقضى بينهما

١٥ ارخا وتاريخ احدهما اسبق
يقضى للاسبق ان ارخا ملك
مورثيهما وان ارخا موت مورثيهما
عند محمد يقضى بينهما
ورجحه صاحب
الفصولين

١٦ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر
يقضى بينهما اجماعاً

ادعيا ملكاً ارثاً من ابيهما والعين في ايديهما

١٧ ان لم يورخا
يقضى بينهما

١٨ ارخا تاريخاً واحداً
يقضى بينهما

١٩ ارخا وتاريخ احدهما اسبق
يقضى للاسبق ان ارخا ملك
مورثهما وان ارخا موت مورثهما
عند محمد يقضى بينهما نصفين
ورجحه صاحب
الفصولين

٢٠ ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر
يقضى بينهما اجماعاً

ادعيا ملكاً ارثاً من ابيهما والعين في يد احدهما

٢١ لم يؤرخا
يقضى للخارج

٢٢ ارخا تاريخاً واحداً
يقضى للخارج

٢٣ ارخاوتاريخ احدهما اسبق
عندهما يقضى للاسبق
وبه يفتى

٢٤ ارخ احدهماولم يورخ الاخر
يقضى للخارج اجماعاً

ادعيا الشرا من اثنين والعين في يد ثالث

٢٥ لم يورخا
يقضى بينهما

٢٦ ارخا تاريخاً واحداً
يقضى بينهما

٢٧ ارخا وتاريخ احدهما اسبق

يقضي للاسبق ان ارخا ملك بائعهما وان ارخا وقت شرائهما عند محمد يقضى بينهما ورجحه صاحب الفصولين

٢٨ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

يقضى بينهما اجماعاً

ادعيا الشرا من اثنين والعين في ايديهما

٢٩ لم يؤرخا

يقضى بينهما

٣٠ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى بينهما

٣١ ارخا وتاريخ احدهما اسبق

يقضى للاسبق

٣٢ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

يقضى بينهما

ادعيا الشرا من اثنين والعين في يد احدهما

٣٣ لم يؤرخا

يقضى للخارج

٣٤ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى للخارج

٣٥ ارخا وتاريخ احدهما اسبق

يقضى للاسبق

٣٦ ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر

يقضى للخارج

ادعيا الشراء من واحد والعين في الثالث

٣٧ لم يوءرخا

يقضى بينهما

٣٨ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى بينهما

٣٩ ارخا وتاريخ احدهما اسبق

يقضى للاسبق

٤٠ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

يقضى للمؤرخ

ادعيا شراء من واحد والعين في ايديهما

٤١ لم يوءرخا ٤٢ ارخا تاريخاً واحداً
يقضى بينهما يقضى بينهما

٤٣ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٤٤ ارخ احدهماولم يوءَرخ الاخر
يقضى للاسبق يقضى بينهما

ادعيا شراء من واحدوالعين في يد احدهما

٤٥ لم يورخا ٤٦ ارجا تاريخاً واحداً
يقضى لذي اليد يقضى لذي اليد

٤٧ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٤٨ ارخ احدهماولم يوءَرخ الاخر
يقضى للاسبق يقضى لذي اليد

ادعيا عيناً احدهماملكاً مطلقاً والاخر نتاجاًوالعين في يدثالث

٤٩ لم يوءرخا ٥٠ ارخا تاريخاً واحداً
يقضى لمدعي النتاج يقضى لمدعي النتاج

٥١ ارخا وتاريخ اجدهما اسبق ٥٢ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر
يقضى لمدعي النتاج يقضى لمدعي النتاج

ادعياعيناً احدهماملكاً مطلقاًوالاخرنتاجاًوالعين في يد احدهما

٥٣ لم يورخا ٥٤ ارخا تاريخاً واحداً
يقضى لمدعي النتاج يقضى لمدعي النتاج

٥٥ ارخاوتاريخ احدهما اسبق ٥٦ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر
يقضى لمدعي النتاج يقضىلمدعي النتاج

ادعيا عيناً احدهما ملكاً مطلقاً والاخر نتاجاً والعين في يد احدهما

٥٧ لم يورخا ٥٨ ارخا تاريخاً واحداً
يقضى لمدعي النتاج يقضى لمدعي النتاج

٥٩ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٦٠ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

يقضى لمدعي النتاج يقضى لمدعي النتاج

ادعيا عيناً نتاجاً والعين في يد ثالث

٦١ لم يؤرخا ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى بينهما وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان يقضى بينهما

٦٢ او ارخا تاريخاً واحداً ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى بينهما ولا يعتبر التاريخ فيه وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق سن المولود للوقت الذي ذكرا قضي بينهما وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضي بينهما ايضاً وان خالف سنه الوقت الذي ذكرا بطلت البينتان عند البعض و يقضى به بينهما عند البعض وهو الاصح

٦٣ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى بينهما ولا يعتبر التاريخ فيه وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق سن المولود لتاريخ احدهما قضي له وان اشكل عليهما يقضى بينهما وان اشكل على احدهما يقضى لمن اشكل عليه وان خالف للوقتين بطلت البينتان وهو الاصح وان خالف سن المولود لاحد الوقتين يقضى للاخر

٦٤ او ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضي بينهما وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضي له وان لم يوافق بان اشكل عليهما يقضى بينهماوان خالف سنه لوقت المؤرخ قضي للاخر

ادعيا نتاجاً والعين في ايديهما

٦٥ لم يورخا ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا ينكرر من المتاع يقضى بينهما وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان يقفى بينهما ايضاً

٦٦ او ارخا تاريخاً واحداً ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى بينهما وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق سن المولود للوقت الذي ذكرا قضي بينهما وان اشكل عليهما قضي بينهما ايضاً ان خالف سنه

للوقت الذي ذكرا بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض وهو الاصح

٦٧ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق، ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضي بينهما وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق سن المولود لتاريخ احدهما قضي له وان اشكل عليهما يقضى بينهما وان اشكل عَلَى احدهما قضي لمن اشكل عليه وان خالف سنه للوقتين بطلت البينتان عند البعض وهو الاصح وان خالف سن المولود لاحد الوقتين قضي للاخر

٦٨ او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى بينهما وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضي له وان اشكل يقضى بينهما وان خالف وقت المورخ يقضى للآخر

ادعيا عيناً نتاجاً والعين في يد احدهما

٦٩ ان لم يورخا ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضي لذي اليد وان اقام كل منهما بينة على النتاج فذو اليد اولى وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان قضي لذي اليد

٧٠ او ارخا تاريخاً واحداً ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضي لذي اليد وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق سن المولود للوقت الذي ذكرا قضي لذي اليد وان لم يوافق بان اشكل او خالفهما قضي لذي اليد ايضاً

٧١ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضي لذي اليد وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق سن الدابة لتاريخ احدهما قضي له وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضي لذي اليد وان اشكل عَلَى احدهما قضي لمن اشكل عليه وان خالف سنه للوقتين قضي لذي اليد وان خالف لاحد الوقتين قضي للآخر

٧٢ او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضي لذي اليد وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان ان وافق

سن المولود لتاريخ المؤرخ قضي له وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضي لذي اليد وان
خالف سنه لوقت المورخ يقضى للاخر لانه اذا كان سن الدابة مخالفاً لاحد الوقتين
وهو مشكل في الوقت الاخر قضي لمن اشكل عليه وهو من لم يؤرخ

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من واحد والعين في يد ثالث

٧٣ لم يورخا ٧٤ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى لمدعي الشراء يقضى لمدعى الشراء

٧٥ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٧٦ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

يقضى للاسبق يقضى للمؤرخ

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من واحد والعين في يدهما

٧٧ لم يورخا ٧٨ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى بينهما يقضى بينهما

٧٩ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٨٠ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

يقضى للاسبق يقضى بينهما

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من واحد والعين في يد احدهما

٨١ لم يؤرخا ٨٢ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى لذي اليد يقضى لذي اليد

٨٣ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٨٤ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

يقضى للاسبق يقضى لذي اليد

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من اثنين والعين في يد ثالث

٨٥ لم يورخا ٨٦ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى بينهما يقضى بينهما

٨٧ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٨٨ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

عندهما يقضى للاسبق وبه يفتى

عند ابي حنيفة يقضى بينهما وبه يفتى

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من اثنين والعين في يدهما

٨٩ لم يورخا ٩٠ ارخا تاريخاً واحداً

يقضي بينهما يقضى بينهما

٩١ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٩٢ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

عندهما يقضى للاسبق وبه يفتى

عند ابي حنيفة يقضى بينهما و به يفتى

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من اثنين والعين في يد احدهما

٩٣ لم يورخا ٩٤ ارخا تاريخاً واحداً

يقضى للخارج يقضى للخارج

٩٥ ارخا وتاريخ احدهما اسبق ٩٦ ارخ احدهما ولم يورخ الاخر

عندهما يقضى للاسبق وبه يفتى

عند محمد يقضى للخارج وبه يفتى

﴿ المادة ١٧٦٢ ﴾ بينة الزيادة اولى فاذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع ترجح بينة من يدعي الزيادة

فترجح بينة البائع في الثمن وبينة المشتري في المبيع ولو اختلفا في قدر الثمن والمبيع جميعاً بان قال البائع بعت العبد الواحد بالفين وقال المشتري بل بعت العبدين بالف فيحكم للبائع بالفين وللمشتري بعبدين (حامدية) و يتفرع على هذا الاصل مسائل كثيرة منها ان بينة رب السلم اولى فيما لو اختلف مع المسلم اليه في قدر المسلم فيه او صفته او ذرعه وبينة المسلم اليه اولى فيما لو اختلفا في راس المال لاثباتها الزيادة ومنها ان بينة المستاجر انه استأجرها بعشرة ليركبها الى موضع كذا اولى من بينة المؤجر انه استأجرها بعشرة ليركب الى نصف ذلك الموضع . ومنها ان بينة المؤجر اولى في

قدر الاجرة و بينة المستأجر اولى في قدر المدة . ومنها اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في قيمة المغصوب الهالك فبينة المغصوب منه اولى لاثباتها الزيادة . ومنها ان بينة الراهن اولى فيما لو اختلف مع المرتهن في قيمه الرهن بعد هلاكه . ومنها ان بينة المرتهن انك رهنتني الثوبين اولى من بينة الراهن انه رهنه احدهما . ومنه ان بينة الراهن انه رهنه سليماً قيمته عشرة اولى من بينة المرتهن انه رهنه معيباً قيمته خمسة . ومنها ان بينة المضارب اولى فيما لو اختلفا في قدر المشروط من الربح . ومنها ان بينة من يدعي زيادة الارث اولى فيما لو اختلف الورثة في تاريخ موت الاقارب . ومنها اذا قال البائع هلك المبيع في يد المشتري بعد التسليم فعليه الثمن وقال المشترى لا بل هلك قبل التسليم فلا ثمن علي فبينة البائع أولى . ومنها بينة المزارع اولى فيما لو اختلف مع رب الارض والبذر في قدر المشروط بعد ما نبت و بينة الاخر اولى لو كان البذر من قبل المزارع بعد ما نبت ايضاً . ومنها بينة الزوجة اولى فيما لو اختلفت مع الزوج في مقدار المفروض من النفقة او في زمانه لانها تثبت الزيادة ويخرج عن هذا الاصل مسائل منها اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن بان قال الشفيع اشتريتها بالف وقال المشتري بل بالفين فبينة الشفيع اولى . ومنها ان بينة الورثة ان سن المدعي ثماني عشرة سنة اولى من بينة المدعي انه ابن الميت وهو ابن عشرين سنة اه والكل من الحامدية

﴿ المادة ١٧٦٣ ﴾ ترجح بينة التمليك على بينة العارية والايداع والغصب . مثلاً اذا ادعى واحد المال الذي هو في يد الآخر قائلاً اني كنت اعرته اياه واراد استرداده وقال المدعى عليه كنت بعتني اياه او وهبتنيه ترجح بينة البيع او الهبة

وكذا لو قبض زيد فرس عمرو وهلك في يده فادعى عمرو ان زيداً غصبه منه وقال زيد بل اهديته لي فبينة زيد أولى (علي افندي)

ولكن بينة ذي اليد ان فلاناً اودعنيها اولى من بينة اخر اني اشتريتها منك (حامدية) وفيها بينة مدعي الايداع عند ذي اليد اولى من بينة ثالث على ملك مطلق و بينة الزوجة ان الثوب المبعوث او الدراهم المبعوثة هدية اولى من بينة الزوج انها من الكسوة او المهر اه

﴿المادة ١٧٦٤﴾ ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة

انما تقدمت بينة الشراء على بينة الهبة لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض والمراد بالهبة هنا الهبة المجانية اما الهبة بعوض فهي كالشراء وانما قدمت بينة الشرا على بينة الرهن لكون الشراء اقوى منه لانه يفيد الملك للحال والرهن لا يفيد الملك للحال (تكملة) ولان مدعي البيع يدعي خلاف الظاهر ومدعي الرهن يتمسك بالاصل راجع المادة ٧٧ ولكن لو اختلفا في البيع البات والوفاء فبينة مدعي الوفاء اولى كما في الدر المختار والخانية

و بينة الاجارة على بينة الرهن

وكذا ترجح ايضاً بينة الهبة المشروطة بعوض على بينة الرهن وغير المشروطة بالعكس (حامدية) وفي التنوير وشرحه للعلائي الشراء احق من هبة وصدقة ورهن ان لم يؤرخا فلو ارخا واتحد المملك فالاسبق احق لقوته ولو ارخت احداهما فالمؤرخة اولى واختلاف المملك استويا وهذا فيما لا يقسم اتفاقاً واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار والاصح ان الكل لمدعي الشراء لان الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن اه

مثلاً اذا ادعى واحد على اخر بقوله كنت بعتك المال الفلاني اعطني ثمنه وقال المدعى عليه انت كنت وهبتني ذلك المال وسلمتنى اياه ترجح بينة البيع

وفي الهندية ولو ادعى احدهما رهناً وقبضاً والاخر هبة وقبضاً من ذي اليد ولم يورخا واقاما البينة كان الرهن اولى استحساناً وهذا اذا كانت دعواهما من واحد اما اذا كانت من اثنين فهما سواء فان ترجح احدهما بالتاريخ او اسبقية اليد يقضى له وهذا اذا لم تكن الهبة بشرط العوض فان كانت بشرط العوض فهي اولى اه وفي التكملة لم ار حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض فان الملك في كل منهما متوقف على القبض وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة ورده المقدسي بان الاولى تقديم الهبة لكونها مشروعة والبيع الفاسد منهى عنه ولم يذكر ما لو اختلفا في الشراء مع الوقف فحكمه ما في مشتمل الاحكام ادعى على رجل ان هذه الدار التي في يده وقف مطلق وذو اليد ادعى ان بائعي اشتراها من الواقف وارخا واقاما البينة فبينة الوقف

اولى الا اذا اثبت ذو اليد تاريخاً اسبق فتصير بينته اولى اه

﴿ المادة ١٧٦٥ ﴾ ترجح بينة الاطلاق في العارية . مثلاً اذا هلك الحصان المستعار في يد المستعير وادعى المعير اني كنت اعرتك اياه على ان تستعمله اربعة ايام وانت لم تسلمه لي في هذه المدة وهلك عندك في اليوم الخامس فاضمن قيمته ، وادعى المستعير انك كنت اعرتني اياه لاستعمله على الاطلاق ولم تقيد باربعة ايام ترجح بينة المستعير وتسمع

انما ترجح بينة الاطلاق في العارية لان البينة شرعت لاثبات خلاف الاصل واليمين لابقاء الاصل كما مر في المادة ٧٧ فالاصل في العارية التقييد والاطلاق خلافه ولهذا كانت البينة لمن يدعي الاطلاق واليمين لمن يدعي التقييد لتمسكه في الاصل وفي الحامدية ولو اختلف المعير والمستعير في الايام او المكان او فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله ولكن مع اليمين دفعاً للتهمة اه

﴿ المادة ١٧٦٦ ﴾ ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت

وان لم تكن لاحدهما بينة فالقول لمدعي المرض وذلك لان الاصل ان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته كما مر في المادة ١١ والمرض اقرب للموت من حالة الصحة فكان مدعيه متمسكاً بالاصل فيصدق بيمينه اما مدعي الصحة فحيث كان مدعياً خلاف الاصل فلا يصدق الا ببينة

مثلاً اذا وهب رجل مالاً لاحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة انه وهبهُ في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في حال صحته ترجح بينة الموهوب له

وكذا لو ادعى الزوج بعد وفاة زوجته انها كانت ابرأته من المهر حال صحتها وادعى الوارث انها ابرأته في مرض موتها فبينة الزوج اولى وكذا لو اقر رجل لاحد ورثته ثم مات فقال المقر له اقر في صحته وقال باقي الورثة انه اقر في مرضه فبينة المقر له اولى الا انه اذا اقام البينة على مدعاه فلا بد للشهود من ان يصرحوا بان الميت

اقر في حال صحته اما لو قالوا اقر ولا ندري أكان في صحة او في مرض فهي شهادة على المرض (در مختار) لان تصرف المرض ادنى من تصرف الصحة فيكون متيقناً ولان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته فلما ترددوا حملوا على الاقرب (رد محتار)

فرع — برهن الدائن على ان الورثة باعوا عيناً من التركة المستغرقة وبرهن الوارث على ان الميت كان باعها في صحته وقبض ثمنها فبينة الدائن اولى لانه يثبت الضمان والوارث ينفيه والبينة موضوعة للاثبات (انقروي عن البزازية)

﴿ المادة ١٧٦٧ ﴾ ترجح بينة العقل على بينة الجنون او العته

مثلاً لو باع رجل شيئاً في حياته فقامت ورثته بعد مماته تدعي ان البائع كان مجنوناً او معتوهاً حين باع وادعى المشتري انه كان عاقلاً فبينة المشتري اولى وكذا لو برهن الوارث ان الوصية كانت في حال جنون الموصي وبرهن الموصى له انها كانت حال كونه عاقلاً فبينة الموصى له اولى (انقروي عن القاعدية) وفي الاشباه اختلفا في كون الاقرار في حال الصغر او بعد البلوغ فالقول لمن ادعى الصغر اه اي والبينة لمن ادعى البلوغ

فروع — بينة الاكراه في بيع وصلح واجارة واقرار ونحوها اولى من بينة الطوع ان ارخا واتحد تاريخهما فان اختلفا او لم يؤرخا فبينة الطوع اولى (در محتار) بينة الرجوع عن الوصية اولى من بينة كونه موصياً مصراً الى الوفاة(حامدية) . يتيم بلغ فادعى على رجل اشترى شيئاً من وصيه انه اشتراه بغبن فاحش وادعى المشترى ان الثمن مثل القيمة فبينة اليتيم اولى لانها تثبت امراً زائداً ولان بينة الفساد ارجح من بينة الصحة (درر) . باع رجل ضيعة ولده فادعى المشتري انه اشتراها من الاب بثمن المثل في حال صغر الابن وادعى الابن ان اباه باعها حال بلوغه بلا رضاه فبينة المشتري اولى(جامع الفصولين) قال البائع بعته منك في صغري وقال المشتري بعته مني بعد بلوغك فالبينة لمن يدعي البلوغ والقول لمن يدعي الصغر لانه ينكر اصل العقد (انقروى عن القنية) ويؤيده قرار صادر من محكمة التمييز بتاريخ ١٨ مايس ٣١٨ (ج ٠ م ٠ عد ٨٥٨) اختلف المتبايعان في صحة البيع او بطلانه فبينة مدعي الصحة اولى (در مختار)

❋ المادة ١٧٦٨ ❋ اذا اجتمعت بينة الحدوث والقدم ترجح بينة الحدوث

لان البينة شرعت لاثبات امر حادث واليمين لابقائه عَلَى ما كان فعلى هذا تقدم بينة الحدوث لانها تثبت امراً عارضاً وهو خلاف الاصل اذ الاصل عدم العروض وهذا اي تقديم بينة الحدوث على بينة القدم اذا كان الاختلاف في مجرد ان ذلك الشيء قديم اوحديث بدون ذكر تاريخ اما اذا ارخا فبينة الاسبق تاريخاً اولى كما جزم به اصحاب المتون وغيرهم (حامديه)

مثلاً اذا كان في ملك واحد مسيل لاخر ووقع بينهما اختلاف فى الحدوث والقدم وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه ترجح بينة صاحب الدار

وكذا لو كان له كنيف في طريق العامة وادعى غيره انهُ محدث وادعى صاحبه انهُ قديم واقاما البينة فبينة مدعي الحدوث اولى لانها تثبت ولاية النقض والقول لمدعي القدم لكونه متمسكاً بالاصل (حامدية)

❋ المادة ١٧٦٩ ❋ اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب البينة من الطرف المرجوح فان اثبت فيها والا يحلف

❋ المادة ١٧٧٠ ❋ اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن الاثبات فاقام الطرف المرجوح البينة على ما سبق وحكم بها ثم اراد الطرف الراجح اقامة البينة فلا يلتفت اليه بعد ذلك

اعلم ان مسائل ترجيح البينات كثيرة ولم يذكر منها في المجلة الا القليل فلاجل تعميم الفائدة احببت ذكر بعضها فاقول

(نفقة) (١) بينة المرأة انه موسر فعليه نفقة الموسرين اولى من بينة الزوج انه معسر · (٢) بينة الزوجة اولى فيما لو اختلفا في مقدار المفروض او زمانه لانها تثبت الزيادة · (٣) بينة الابن الغائب ان اباه حين انفق مال الابن على نفسه كان موسراً اولى من بينة الاب الاعسار · (٤) بينة الزوج ان زوجته ناشزة لا تستحق

النفقة اولى من بينتها بانها غير ناشزة (در مختار) . (٥) بينة الزوج انه معسر بعد الايسار اولى من بينة الزوجة على انه موسر بتاريخ سابق (فتح) . (٦) بينة الزوج على ان الدراهم نفقة اولى من بينة الزوجة انها هدية (غانم البغدادي)

(**وقف**) (٧) بينة الاسبق تاريخاً اولى فيما لو برهن ذو اليد انها وقف عليه والقيم انها وقف على المسجد (٨) بينة مدعي الوقف بطناً بعد بطن اولى من بينة مدعي الاطلاق (٩) بينة الخارج على الملك اولى من بينة المتولي ذي اليد على انه وقف و به يفتى (١٠) بينة الخارج انها وقف على مطلق اولى من بينة ذي اليد ان بائعي اشتراها من الواقف الا ان يثبت ذو اليد تاريخاً سابقاً على الوقف (١١) بينة فساد الوقف اولى من بينة الصحة ان كان الفساد بشرط مفسد و بينة الصحة اولى ان كان الفساد لمعنى في المحل او غيره (١٢) بينة الخارج على ان العمارة في ارض الوقف ملكه اولى من بينة المتولي على انها للوقف

(**بيع**) (١٣) بينة المشتري عَلَى الاقالة اولى من بينة البائع على البيع لبطلان الثانية باقرار مدعي الاقالة (١٤) بينة ذي اليد على اني بعتكما هذا العبد بالفين اولى من بينة احدهما اني اشتريته منك بالف (١٥) بينة المشتري على اجازة المالك بيع الفضولي اولى من بينة المالك على الرد لانها ملزمة (١٦) بينة الخارج اني اشتريته من ابيك من عشر سنين اولى من بينة ذي اليد ان اباه مات منذ عشرين سنة (١٧) بينة الخارج اني اشتريته من ابيك اولى من بينة ذي اليد انه ملك ابيه الى حين موته (١٨) بينة الصحة اولى فيما لو ادعيا الشراء من ثالث احدهما شراء صحيحاً والاخر فاسداً (١٩) بينة الخارج عَلَى دعوى ملك مطلق اولى من بينة ذي اليد انك شريته مني ثم تقايلنا (٢٠) بينة البائع ان المبيع هلك في يد المشتري اولى من بينة المشتري انه هلك في يد البائع

(**شفعة**) (٢١) بينة المشتري اولى فيما لو هدم البنا واختلف مع الشفيع في قيمته (٢٢) بينة المشتري اولى فيما لو قال اشتريت البنا ثم العرصة فلا شفعة لك في البناء و برهن الشفيع على شرائهما جميعاً (٢٣) بينة الشفيع اولى من بينة المشتري عَلَى انه احدث هذا البناء والشجر

(**اجارة**) (٢٤) بينة الراعي انك اشترطت عليّ الرعي في هذا الموضع الذي هلكت فيه اولى من بينة صاحبها على موضع اخر (٢٥) بينة المستأجر اولى فيما لو

سقط احد مصراعي باب الدار فادعاه كل منهما (٢٦) بينة المؤجر انه سلمه الدار في المدة اولى من بينة المستأجر انها كانت في يد الاجر هذه المدة (٢٧) بينة المؤجر اولى في قدر الاجرة وبينة المستأجر اولى في قدر المدة لاثباتها الزيادة في الصورتين (٢٨) اذا اختلفا في صحة الاجارة وفسادها فبينة مدعي الفساد اولى (انقروي) (٢٩) ادعى المؤجر انه سلم الارض مشغولة بالزرع فالاجارة فاسدة وقال المستاجر بل تسلمتها فارغة فالاجارة صحيحة فبينة المستأجر اولى والقول للمؤجر لانه ينكر الاجارة اصلاً (انقروي)

(**عارية ووديعة**) (٣٠) بينة المعير انها هلكت بعد ما جاوز الموضع اولى من بينة المستعير انه ردها اليه (٣١) بينة المودع ان رب الوديعة عزلك من الوكالة بقبضها اولى من بينة الوكيل بالقبض (٣٢) بينة الخارج على الملك اولى من بينة ذي اليد على الايداع بعد قوله هو في يدي ما لم يقل اولاً انه في يدي وديعة (٣٣) بينة المودع على الرد او على ضياعها اولى من بينة المالك على الاتلاف (٣٤) بينة مدعي الايداع عند ذي اليد اولى من بينة ثالث على ملك مطلق

(**غصب**) (٣٥) بينة المالك على الاتلاف اولى من بينة الغاصب على الرد الى المالك (٣٦) بينة الغاصب ان المغصوب مات عند المالك اولى من بينة الموت عند الغاصب عند محمد وعند ابي يوسف بالعكس (٣٧) بينة الغصب فيما في يد اخر اولى من بينة ثالث الملك المطلق

(**رهن**) (٣٨) بينة الرهن اولى فيما لو اختلفا في قيمة الرهن بعد هلاكه (٣٩) بينة الراهن على عدم الرد اولى من بينة المرتهن اني اخذت المال ورددت الرهن (٤٠) بينة المرتهن في تعيين الرهن اولى من بينة الراهن (٤١) بينة الراهن اولى فيما لو ادعى كل منهما هلاكه عند الاخر (٤٢) بينة المرتهن انك رهنتني الثوبين اولى من بينة الراهن انه رهنه احدهما (٤٣) بينة الراهن انه رهنه سليماً قيمته عشرة اولى من بينة المرتهن انه رهنه معيباً قيمته خمسة (٤٤) بينة الشراء من زيد اولى من بينة الرهن منه الا اذا ارخ الاخر فقط او كان تاريخه اسبق و بينة ذي اليد لو كانت العين في يد احدهما اولى في ذلك الا اذا سبق تاريخ الخارج

(**مزارعة**) (٤٥) بينة المزارع اولى فيما لو اختلف مع رب الارض والبذر في قدر المشروط بعدما نبت و بينة الاخر اولى لو كان البذر من قبل المزارع بعد ما نبت

ايضاً (٤٦) بينة رب الارض اولى فيما لو قال بعد النبات شرطت لي نصف الخارج وقال الاخر عشرين قفيزاً و بينة المزارع اولى لو عكست الدعوى او لم تخرج الارض شيئاً لاثباتها عدم لزوم اجرة الارض (٤٧) بينة مدعي الصحة اولى من بينة مدعي الفساد باشتراط اقفزة معينة (٤٨) بينة رب الارض والبذر اني شرطت لك النصف وعشرين قفيزا اولى من بينة الاخر على شرط النصف فقط

(مضاربة) (٤٩) بينة المضارب اولى فيما لو قال قسمنا الربح بعد قبضك رأس المال وانكر الاخر قبضه (٥٠) بينة المضارب انك شرطت لي الثلث اولى من بينة الاخر على الثلث الا عشرة (٥١) بينة المضارب انك شرطت لي مائة او لم تشترط لي شيئاً فلي عليك اجر المثل اولى من بينة الاخر شرط النصف

(دعوى) (٥٢) بينة ذي اليد اولى فيما لو برهن ان العبد عبده منذ عشرين سنة و برهن الخارج انه كان في يده منذ سنة حتى اغتصبه ذو اليد منه (٥٣) بينة المدعي انه ابن عم الميت لابيه مع ذكر النسب اولى من بينة المدعى عليه ان الميت فلان اخر وان اباك اقر في حياته انه اخو فلان لامه لا لابيه (٥٤) بينة المقضي عليه بالارض انه احدث فيها البنا اولى الا اذا قضي عليه بالارض والبنا (٥٥) بينة المدعى عليه ان اباك اقر بانه ملكي اولى من بينة مدعي الارث من ابيه الا اذا برهن المدعي انك اقررت انه ملك ابي فيتعارض الدفعان وتبقى بينة الارث بلا معارض (٥٦) بينة البائع على النتاج بحضرة المشتري والمستحق منه اولى من بينة المستحق عَلَى النتاج (٥٧) بينة ذي اليد اولى فيما لو ادعى ان اباه بنى الدار وتركها ميراثاً له و برهن الخارج على مثل ذلك (٥٨) بينة مدعي البنوة اولى في حق الارث فيما لو برهن واحد انه عم الميت واخر انه اخوه وآخر انه ابنه وكل قال لا وارث له غيره فيقضى بنسب الكل والميراث للابن فقط (٥٩) اذا ادعى المدعى الملك والتصرف ثم الغصب على المدعى عليه وادعى هذا التصرف مدة مديدة بمشاهدة المدعى ومورثه فبينة المدعى عليه اولى وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٢٧ شباط سنة ٣٠٨ (ج٠م٠عد ٧٠٨)

(حجر) (٦٠) بينة المشتري اولى فيما لو قال اشتريت منك حال صلاحك وقال المحجور انه حال الحجر اه والكل من الحامدية

اما لو قال المشتري اشتريت بعد فك الحجر وقال المحجور بل قبله فبينة المحجور

اولى والقول للمشتري (هندية) لان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته (راجع المادة ١١ و ٦١) قال الاب بعته حال صغرك وقال الابن بل بعد بلوغي فبينة الابن اولى (هندية)

الفصل الثالث

في القول لمن وتحكيم الحال

﴿ المادة ١٧٧١ ﴾ اذا اختلف الزوج والزوجة في امتعة الدار التي يسكنانها ينظر الى الامتعة فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقية والسيف او من الاشياء الصالحة لكل من الزوج والزوجة كالاواني والمفروشات ترجح بينة الزوجة

وذلك لان الزوجة وما في يدها في يد زوجها فكان زوجها ذا اليد وهي خارجة و بينة الخارج اولى · قال في التكملة لكن هذا مقيد بما اذا كانت البينة على الملك المطلق فان كانت على النتاج وسبب ملك لا يتكرر كانت البينة لذي اليد فينبغي ان يجري هذا هنا اه وفي الخانية لو اختلفا في البيت فبينة الزوجة اولى لانها خارجة والقول للزوج بيمينه لان البيت يصلح لهما اه

وان عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج بيمينه · يعني اذا حلف الزوج بان تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بانها له

و كذالو اختلفا بعد الطلاق اي فالقول قول الزوج لانها صارت اجنبية بالطلاق فزالت يدها (حامدية) وفيها ما نصه وذكر في البحر انه اذا اختلف الزوجان في غير متاع البيت وكان في ايديهما فانهما كالاجنبيين يقسم بينهما اه و به علم ان العقار اذا لم يكونا ساكنين فيه لم يدخل في مسمى متاع البيت لان الكلام في متاع البيت فقط اه

واما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالحلى والبسة النساء فترجح بينة الزوج واذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين

اذا لم تقر المرأة ان هذا المتاع اشتراه زوجها فان اقرت بذلك سقط قولها لانها اقرت بالملك للزوج ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الانتقال الا بالبينة (بدائع) وكذا اذا ادعت انها اشترته منه مثلاً فلابد من بينة على الانتقال اليها منه بشراء او هبة ونحو ذلك ولا يكون استمتاعها بمشري الزوج ورضاه بذلك دليلاً على انه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام وقد افتيت بذلك مراراً (بحر) ومثله في الحامدية

الا ان يكون احدهما صانع الاشياء الصالحة للاخر او بائعها فالقول له مع اليمين على كل حال فالقرط حلي مخصوص بالنساء ولكن اذا كان الزوج صائغاً فالقول له بيمينه

لتعارض الظاهرين (درر) اي ظاهر صلاحية الامتعة للزوجة وظاهر اصطناع الرجل لها او بيعه لها فتساقطا ورجعنا الى اعتبار اليد وما في يدها في يده (طحطاوي) وكذا اذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال او تاجرة تتجر في ثياب الرجال والنساء او ثياب الرجال وحدها فالقول قولها بيمينها (درر) قال طحطاوي وقيد باختلاف الزوجين احترازاً عن اختلاف الاب والابن فيما في البيت قال في خزانة الاكمل قال ابو يوسف اذا كان الاب في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن في بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب وقال محمد رجل زوج ابنته وهي وختنه في داره وعياله ثم اختلفوا في متاع البيت فهو للاب لانه في بيته وفي يده ولهم ما عليهم من الثياب اه والاحتراز عن اسكاف وعطار اختلفا في الة الاساكفة او العطارين وهي في ايديهما فانه يقضى بها بينهما ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحاً وللاحتراز عما اذا اختلف المؤجر والمستاجر في متاع البيت فان القول فيه للمستاجر لكون البيت مضافاً اليه بالسكنى اه

❊ المادة ١٧٧٢ ❊ تقوم الورثة مقام المورث عند موت احد الزوجين

فان كان الاختلاف في الصالح للزوج المتوفى فالقول لورثته وان كان الاختلاف في الصالح للزوجة فالقول لها والبينة على ورثة الزوج وان كان الاختلاف في الصالح

لكليهما كالاواني والمفروشات فالبينة لوارث المتوفي منهما وان مات كلاهما فالبينة لورثة الزوجة كما يعلم من الفقرتين الاتيتين

ولكن اذا عجز كلا الطرفين عن الاثبات على ماذكر فالقول مع اليمين لمن هو في الحيوة منهما في الاشياء الصالحة لكليهما

اذ اليد له اي للحي ولا يد للميت فكان القول للحي لكونه ذا يد والبينة لورثة المتوفى كما قدمنا في شرح الفقرة السابقة لكونهم خارجين

فرع — رجل مات وترك بنتاً واخاً وامتعة فقالت البنت الامتعة كلها لي وقد كان اشتراها الاب لي من مالي بامري والاخ يقول الامتعة كلها للميت فالقول للاخ بيمينه (هندية)

واذا مات كلاهما معاً فالقول لورثة الزوج في الاشياء الصالحة لكليهما

وبالاولى في الاشياء الصالحة له والبينة لورثة الزوجة في الاشياء الصالحة لهولهما لان الوارث يقوم مقام المورث فصار كالمورثين اذا اختلفا بانفسهما وهما حيان في حال قيام النكاح (حامدية)

﴿ المادة ١٧٧٣ ﴾ اذا اراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين

لان دعوى الموهوب له الهلاك اخبار منه بهلاك ملكه وهذا لا يوجب عليه اليمين (طحطاوي) ولكن لو عين الواهب عيناً وادعى انها هي الهبة لا الهالكة واراد استردادها وانكر الموهوب له ذلك وادعى ان الموهوب غيرها فانه يحلف (تنوير) وفي الانقروي عن القنية كثير من المواضع يكون القول قوله دون اليمين منها باع قاض مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب فقال القاضي ابرأتني منه فالقول قوله بلا يمين وكذا اذا ادعى رجل قبله اجارة ارض ليتيم واراد تحليفه لم يحلف لان قوله على وجه الحكم وكذا كل شيء يدعي عليه ومنها لو قال الواهب شرطت لي عوضاً وقال الموهوب له لم اشترط فالقول له بدون اليمين ومنها اشترى لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في الثمن فالقول للاب دون يمين اه ومنها مسألة انفاق الوصي التي ستذكر في شرح المادة الاتية

﴿ المادة ١٧٧٤ ﴾ الامين يصدق بيمينه في براءة ذمته

فاذا بلغ الصغير وطلب ماله من الوصي فقال الوصي ضاع مني كان القول قوله لانه امين (خانية) وفي الاشباه القول للامين مع اليمين الا اذا كذبه الظاهر فلا يقبل قول الوصي في نفقة زائدة خالفت الظاهر و كذا المتولي اه واما اذا ادعوا عليه امراً يكذبهم الظاهر فيه كان ادعوا كون النفقة شيئاً قليلاً لا يكفي مثلها لمثلهم في مثل المدة في الغالب فلا يلتفت الى قولهم ولا يكون عَلَى الوصي اليمين هذا اذا كانت النفقة التي يدعي الوصي انفاقها نفقة المثل او ازيد منها يسيراً فلو ادعى زيادة يمكن الاحتراز عنها فانه لا يصدق الوصي ويجب عليه الضمان الا ان يفسر دعواه بتفسير يحتمل كان يقول كنت اشتريت لهم طعاماً فسرق ثم اشتريت ثانياً فهلك فاشتريت لهم ثالثاً فانه يصدق بيمينه لانه امين (علي افندي عن ادب الاوصياء) ثم اعلم ان الوصي والمتولي انما يصدقان باليمين في الانفاق اذا كان الانفاق من مال اليتيم والوقف اما اذا انفقا من مالهما وارادا الرجوع في مال اليتيم والوقف فلا يصدقان الا ببينة لانهما يدعيان ديناً لانفسهما عَلَى الصغير والوقف فلا يصح بمجرد الدعوى (علي افندي عن العمادية) ومثله في وصايا الخيرية وليس كذلك الوصي والمتولي فقط بل كلُّ مأمور بالانفاق اذا انفق من مال الآمر يصدق بيمينه لانه يريد الخروج عن عهدة الضمان واما اذا انفق من مال نفسه فلا يصدق الا ببينة لانه يدعي ديناً على الامر وهو ينكر والبينة على المدعي واليمين على من انكر وبذلك افتى في الخيرية والحامدية والحاصل ان الامين يصدق بيمينه في دفع الضمان عن نفسه لا في ايجاب الضمان عَلَى الغير فلو قال الوكيل بالبيع بعت وقبضت الثمن ودفعته الى الموكل او قال هلك عندي و كذبه الموكل يصدق الوكيل بيمينه ولكن لو استحق المبيع بعد ذلك من المشتري او رده على الوكيل بخيار العيب بقضاء رجع المشتري بالثمن على الوكيل ولا يرجع الوكيل على موكله اذا لم يصدقه في قبض الثمن لان الوكيل انما يصدق في دفع الضمان عن نفسه لا في حق الرجوع على الموكل ولكن له تحليف الموكل عَلَى عدم علمه بقبض الثمن فان نكل او أقر بالقبض ثبت للوكيل حق الرجوع عليه ولو كذبه في الدفع والهلاك (هندية)

كما اذا ادعى المودع الوديعة وقال الوديع انا رددتها اليك فالقول له بيمينه

وكذا لو قال الوديع هلكت في يدي دون تعد (حامدية) اما لو قال دفعتها
الى فلان بامرك فلا يصدق بالدفع ما لم يثبت الامر او يقر به المودع لانه بدعواه
انه دفع الوديعة الى فلان اقر بما يوجب عليه الضمان (حيدر افندي عن الواقعات)
ومثل الوديع الناظر اذا ادعى الصرف الى الموقوف عليهم من الاولاد والفقراء
وامثالهم فانه يصدق بيمينه واما اذا ادعى الصرف الى وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله
في حق ارباب الوظائف ولكن لا يضمن ما انكروه له بل يدفعه ثانياً من مال الوقف
(در مختار) وفي الحامدية وقد صرحوا بان قول الوكيل مقبول بعد العزل في دعواه
انه باع ما وكل ببيعه وكانت العين هالكة وفيما اذا ادعى دفع ما وكل بدفعه في براءة
ذمته ونقل المقدسي والشرنبلالي نقول المذهب قاطبةً ان العزل لا يخرج الوكيل
عن كون المال في يده امانة اه قلت ومثل العزل الموت فانه لا يخرج الامين عن
كونه اميناً قال في التنوير وشرحه للعلائي كل امين ادعى ايصال الامانة الى مستحقها
قبل قوله بيمينه سواء كان في حياة مستحقها او بعد موته الا الوكيل بقبض الدين اذا
ادعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه له في حياته لم يقبل قوله الا ببينة بخلاف
الوكيل بقبض العين كوديعة قال قبضتها في حياته وهلكت وانكرت الورثة او قال
دفعتها اليه فانه يصدق لانه ينفي الضمان عن نفسه بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه
يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق اه وفي الاشباه الوكيل
يقبل قوله بيمينه فيما يدعيه الا اذا ادعى بعد موت الموكل انه اشترى لنفسه وكان
الثمن منقوداً وفيما اذا قال بعد العزل بعته امس وكذبه الموكل « اي لو قال
الموكل ببيع عبد مثلاً لوكيله اخرجتك عن الوكالة فقال الوكيل بعته امس لم يصدق
لانه حكى امراً لا يملك استئنافه (حموي) وفيما اذا قال بعد موت الموكل بعته
من فلان بالف درهم وقبضتها فهلكت وكذبه الورثة في البيع فانه لا يصدق ان كان
المبيع قائماً بعينه بخلاف ما اذا كان مستهلكاً والوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد
موت الموكل انه كان قبضه في حياته ودفعه له فانه لا يصدق الا ببينة اه . والمراد
انه لا يصدق في براءة المديون ولكنه يصدق في براءة نفسه كما حققه الحموي في
حاشية الاشباه والخير الرملي في فتاواه حيث قال سئل فيما اذا وكلت زوجها بقبض
مال فقبضه ودفعه لها ثم ماتت فهل يقبل قوله بيمينه في دفع ذلك ام لا اجاب ان
كان الموكل فيه قبض وديعة ونحوها من الامانات فالقول قوله بيمينه في القبض والدفع لها

وان كان قبض دين واقر بقية الورثة بالقبض وانكروا الدفع فكذلك القول قوله بيمينه في الدفع وان انكروا القبض والدفع لا يقبل قوله الا ببينة واذا لم تقم بينة رجعت الورثة بحصتها منه على المديون ولا يرجع المديون على الزوج لان قوله في براءة نفسه مقبول لا في ايجاب الضمان على الميت والزوج فيما يخبر بوجب في ذمة الزوجة مثل دينها على الغريم كما تقرر ان الديون تقضى بامثالها وقد عزل عن الوكالة بموتها فهو لا يملك استئناف القبض بخلاف ما اذا كانت حية او كان الموكل فيه وديعة لانه في الاول يملك الاستئناف فملك الاخبار وفي الثاني ليس فيه ايجاب الضمان عليها وهذه المسالة قد زلت فيها اقدام وانعكست فيها افهام وقد وفقت لتحريرها على الوجه الاتم وانزلت كل فرع منها منزلته في اصله وكتبت على حواشي بعض الكتب ما محصله : اعلم اولاً ان الوكيل بقبض الدين يصير مودعاً بعد قبضه فتجري عليه احكام المودع وان من اخبر بشيء يملك استئنافه يقبل قوله وما لا فلا وان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان من حكى امراً لا يملك استئنافه ان كان فيه ايجاب الضمان على الغير لا يقبل قوله على ذلك الغير والا يقبل ومن حكى امراً يملك استئنافه يقبل وان كان فيه ايجاب الضمان على الغير فاذا علمت ذلك فاعلم انه متى ثبت قبض الوكيل من المديون ببينة او تصديق الورثة له فالقول قوله بالدفع بيمينه لانه مودع بعد القبض ولو كذبه الورثة في الدفع لانهم بتصديقهم له في القبض صاروا مقرين بان المال في يده وديعة واذا لم يثبت القبض بان انكروا القبض والدفع لا يقبل قوله في ايجاب الضمان على الميت ويقبل قوله في براءة نفسه فترجع الورثة على الغريم ولا يرجع الغريم عليه لانه لا يملك استئناف القبض لعزله بالموت وقبضه لدين الغريم ثابت فهو بالنسبة اليه مودع والقول قول المودع في الدفع بيمينه فتامل ذلك واغتنمه فانه مفرد ولو اراد الوكيل تحليف الورثة على نفي العلم بالقبض والدفع او اراد المديون ذلك فله ذلك ولو ضمنوا المديون بعد الحلف واراد ان يحلف الوكيل على الدفع للموكل الظاهر ان له ذلك كما تقرر ان الوكيل بالقبض خصم ومن ان المال في يده امانة وكل امين ادعى ايصال الامانة الى مستحقها فالقول قوله وان كل من قبل قوله فعليه اليمين وقوله في حق براءة نفسه مقبول وان لم يقبل في حق ايجاب الضمان على غيره وايضاً كل من اقر بشيء يلزمه فانه يحلف اذا هو انكره الى غير ذلك من الضوابط والقواعد ولان المديون له احد المالين اما الذي دفعه للوكيل واما الذي دفعه للورثة والذي دفعه للورثة اذا عادوا الى تصديق

الوكيل يسترده وكذلك الذي دفعه للوكيل اذا اقر الوكيل بعد ان دفعه المديون للورثة بانه لم يدفعه للموكل وانه باقٍ عنده واستهلكه يرده على الدافع . والله تعالى اعلم اه ملخصاً

وفي التكملة اذا دفع لرجل مالاً وقال اقضه فلاناً عن ديني فقال قضيته وكذبه صاحب الدين فالقول للوكيل في براءته وللدائن في عدم قبضه فلا يسقط دينه ويجب اليمين على احدهما فيحلف من كذبه الموكل دون من صدقه وعلى هذا لو امر المودع الوديع بدفع الوديعة الى فلان فادعاه وكذبه فلان ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب او الدين على المطلوب فامر الطالب او المغصوب منه الرجل ان يدفعه الى فلان فقال المامور قد دفعت اليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا ببينة او بتصديق الموكل ولا يصدقان على القابض والقول قوله مع اليمين وللوكيل تحليف الموكل انه ما يعلم انه دفع فان نكل سقط الضمان عنه ولو لم يدفع اليه شيئاً وانما امره بقضاء دينه من ماله فادعاه وكذبه الطالب والموكل فالقول قولها مع اليمين ويحلف الموكل على نفي العلم وان صدقه الموكل دون الطالب رجع عليه بما ادعاه ويرجع الطالب عليه ايضاً بدينه كما ذكره القدوري وقد سئل ابن نجيم عمن دفع الى اخر مالاً ليدفعه الى اخر ثم اختلفا في تعيينه فقال الامر امرتك بدفعه الى زيد وقال المامور الى عمرو وقد دفعت له فاجاب بان القول للوكيل لانهما اتفقا على اصل الاذن فكان اميناً اه

ولكن اذا اراد ان يقيم البينة ليخلص من اليمين تسمع بينته

ومثل الوديع الشريك والمضارب والوصي والمتولي فانهم يصدقون باليمين في براءة ذمتهم ولو ارادوا اقامة البينة تقبل وفي الدر المختار سئل قارئ الهداية عمن طلب محاسبة شريكه فاجاب لا يلزم بالتفصيل ومثله المضارب والوصي والمتولي اه . قال في رد المحتار سيذكر الشارح في الوقف عن القنية ان المتولي لا تلزمه المحاسبة في كل عام ويكتفى منه بالاجمال لو معروفاً بالامانة ولو متهماً يجبره على التعيين شيئاً فشيئاً ولا يحبسه بل يهدده ولو اتهمه يحلفه اه . والظاهر انه يقال مثل ذلك في الشريك والمضارب والوصي فيحمل اطلاقه على غير المتهم اي الذي لم يعرف بالامانة اه

تتمة — لو امر رجلاً بشراء شيء بالف ودفع الالف اليه وقيمته كذلك فقال الامر اشتريته بنصف الالف وقال المامور بل بكله صدق المأمور لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الضمان والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر وان كانت قيمة المبيع نصف الالف فالقول للآمر بلا يمين (درر) ووجهه ان الوكيل بالشراء ليس له الشراء بالغبن الفاحش اتفاقاً بخلاف الوكيل بالبيع ولانهُ وكلهُ بشراء شيء بالف وقد اشترى شيئاً يساوي خمسمائة وهو غير المأمور بهِ وهو الذي يساوي الالف وحينئذٍ لا وجه لتحليف الموكل لظهور مخالفة الوكيل له وشرائه بالغبن الفاحش وهو ممنوع عنهُ وان لم يدفع الموكل الالف للوكيل فاشترى الوكيل وقيمة المبيع نصف الالف فالقول للآمر بلا يمين للامر وان كانت قيمة المبيع تساوي الفاً فيتحالفان ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما حكماً ويلزم المبيع المأمور وانما لم يصدق المأمور بيمينه في هذه الصورة بخلاف الصورة الاولى الانهُ في الاولى يكون اميناً حيث دفع اليه المال في المال المدفوع اليهِ فكان القول له بيمينهِ ليبرئ نفسه عن الضمان ومع عدم الدفع ليس معهُ شيء هو امين فيه وانما يريد الرجوع عن الآمر وهو بالنسبة اليهِ بمنزلة البائع منهُ لانهُ اصيل في الحقوق وعند اختلاف البائع والمشتري في الثمن يتحالفان فكذا هذا وكذا لو امره بشراء معين من غير بيان الثمن فقال المأمور اشتريته بكذا وقال الامر بنصفه فلو كان قبل قبض الثمن يتحالفان ولو صدق البائع الوكيل اذ لا عبرة بتصديقه لان قوله لا ينفذ على الموكل ولو كان معهُ شاهد آخر لانه لا يصلح ان يكون شاهداً على فعل نفسه وان كان بعد قبض الثمن كان القول للمأمور بيمينه لانهُ امين يريد ابراء نفسه عن الضمان فان قلت كيف يتصور القبض من غير بيان الثمن قلت بان يدفع له مقداراً من المال ويقول له اشترلي عبداً وادفع من هذا المال ثمنهُ ولم يبين مقدار ما يدفع ولو اختلفا في مقدار الثمن فقال الامر امرتك بشرائه بمائة وقال المامور بالف فالقول للامر بيمينه فان برهنا قدم برهان المامور لانه اكثر اثباتاً اه ملخصاً عن الدر المختار والتكملة ٠ وفي الهندية امره ان يشتري له جارية بالف درهم ودفعه اليه وامره ان يزيد من عنده خمسمائة فقال الوكيل اشتريتها بالف وخمسمائة درهم وقال الموكل بالف يحلف كل منهما على دعوى صاحبه ويبدأ في يمين الوكيل فان حلف فالجارية بينهما اثلاثاً للوكيل ثلثها والباقي للموكل ١٠ اه

﴿المادة ١٧٧٥﴾ اذا كان عليه ديون مختلفة فادى بعضاً لدائنه فالقول له في تعيين اي الديون قضى

مثاله لو كان لزيد على عمرو دينان معلوما القدر من جنس واحد غير ان احد الدينين بكفيل والاخر بغير كفيل فدفع عمرو لزيد مبلغاً معلوماً ولم يعين عن اي الدينين هو ثم ادعى ان ما دفعهُ هو عن الدين الذي بكفيل دون الاخر فالقول قوله بيمينه لانه المملك وهو ادرى بجهة التمليك (اشباه) وفي البزازية قال المستاجر دفعت عن الدين وقال المؤجر عن الاجرة فالقول قول الدافع لانه اعلم بجهة الدفع اه. وفيها فرضت النفقة عليهِ وعليه مهر فاعطى ثم ادعى انهُ من المهر فالقول له اه واجاب قارئ الهداية بانهُ اذا عين المديون احد الديون ان كان في تعيينه فائدة بان كان احدهما برهن او كفيل والاخر لا صح التعيين وان كان جنساً واحداً لا يصح اه عن الحامدية

ثم اعلم ان كون القول للدافع محله فيما اذا كان الدينان من جنس واحد اما لو كانا من جنسين فلا يصدق الدافع بيمينه قال في جامع الفصولين له عليه دينان من جنس واحد فادى المديون شيئاً من المال صدق بانه دفع باية جهة ولو كان الدين من جنسين كذهب وفضة او بر وشعير فادى فضة وقال اديت عوضاً عن الذهب لا يصدق اذ المعاوضة تتم بالطرفين ولو اشترى من دلال شيئاً فدفع اليه عشرة دراهم و يقول هي من الثمن وقال الدلال دفعت الدلالة صدق الدافع بيمينه لانه مملك اه

تتمة : قال في الخانية رجل في يديه ارض لغيره آجرها فقال رب الارض آجرتها بامري والاجر لي وقال الآجر غصبتها منك فاجرتها فالاجر لي كان القول لرب الارض ولو كان الاجر بنى في الارض ثم آجرها فقال رب الارض امرتك ان تبني فيها لي ثم تؤجرها وقال ذو اليد غصبتها منك و بنيت ثم اجرتها فانه يقسم الاجر على الارض وهي مبنية وعلى الارض وهي غير مبنية فما اصاب البناء يكون للاجر وما اصاب الارض يكون لصاحب الارض وان قال رب الارض غصبتها مني مبنية كان القول قوله وان اقاما البينة كانت بينة الغاصب اولى اه

﴿١٧٧٦﴾ اذا انقضت مدة اجارة الرحى فادعى المستاجر انقطاع

الماء في اثناء مدة الاجارة واراد حط ما اصاب مدة الانقطاع من الاجرة واختلف في ذلك مع المؤجر ولم تكن هناك بينة ينظر فان كان الاختلاف في قدر مدة الانقطاع بان ادعى المستاجر عشرة ايام والمؤجر خمسة فالقول للمستاجر بيمينه

لانه ينكر زيادة الاجرة التي يدعيها المؤجر والبينة على المؤجر لاثبات الزيادة راجع المادة ١٧٦٢ ولا يقال هنا ان المستأجر يدعي زيادة ايام الانقطاع والمؤجر ينكرها فينبغي ان يكون القول للمؤجر وذلك لان هذا انكار صورة وباطن الامر ان المؤجر يدعي زيادة الاجرة بسبب قلة مدة الانقطاع والمستأجر ينكرها بسبب زيادة المدة والقول للمنكر بيمينه راجع المادة ٧٦

وان كان الاختلاف في اصل الانقطاع بان انكر المؤجر انقطاع الماء بالكلية يحكم الحال الحاضر اي يجعل حكماً فاذا كان الماء جارياً وقت الدعوى والخصومة فالقول للمؤجر مع اليمين واذا كان في ذلك الوقت منقطعاً فالقول للمستاجر مع اليمين

والحاصل ان القول مع اليمين لمن كان الحال شاهداً له راجع المادة٥ وكذا الحكم فيما لو استأجر احد رحى ماء فانكسر احد الحجرين او الرفسات فان كان الاختلاف في مدة الانكسار بعد ما اتفقا على الانكسار فالقول للمستأجر بيمينه لما مر وان كان الاختلاف في اصل الانكسار بان ادعاه المستأجر وانكره المؤجر يحكم الحال فمن كان الحال شاهداً له كان القول قوله بيمينه (تتارخانية)

﴿ المادة ١٧٧٧ ﴾ اذا اختلف في قدم مسيل ماء يجري في دار رجل او في حدوثه فادعى صاحب الدار احداثه وطلب رفعه ولم تكن لكلا الطرفين بينة ينظر فان كان الماء وقت الخصومة يجري في المسيل او كان يعلم جريه قبل ذلك يبقى على حاله والقول لصاحب المسيل بيمينه

فيحلف بان المسيل غير محدث وان كان الماء لا يجري في المسيل وقت الخصومة ولم يعلم جريه قبل ذلك فالقول لصاحب الدار بيمينه

فيحلف بان المسيل غير قديم راجع المادة ٥ وشرحها . وهذا اذا اكتفى صاحب المسيل بدعواه قدمه اما لو ادعى ان له حق التسييل فحسبه ان يثبت هذا الحق ولا حاجة الى اثبات القدم ولكن اذا قال شهود ان الماء كان يجري في هذا الموضع فلا تقبل شهادتهم لانهم لم يشهدوا بحق التسييل فيحتمل ان يكون جرى الماء بوجه العارية . ثم لو قال المدعى عليه ان الماء كان يجري بطريق الغصب فالبينة له سواً قاله موصولاً او مفصولاً (حيدر افندي عن الولوالجية). وفي جامع الفصولين نهر عظيم لاهل قرى لا يحصون ينكره من هو في اعلَى النهر عن الاسفلين وقالوا هو لنا وقال اسفلون هو لنا كله ولا حق لكم فيه قال محمد لو كان النهر يجري الى الاسفلين يوم الخصومة او علم انه كان يجري اليهم فيما مضى او اقام الاسفلون بينة ان النهر كان يجري اليهم والاعلون هم الذين كانوا ينكرونه عنهم لا يمنع عن الاسفلين ويؤمر الاعلون بازالة السكر عنهم اه وفي الحامدية عن العمادية اذا كان لرجل نهر في ارض رجل او ميزاب في دار رجل فاختلفا في ذلك وانكر صاحب الارض والدار ثبوت حقه فالقول قوله وعلى المدعى البينة ان له حق التسييل لاجراء الماء فيه الا اذا كان الماء جارياً زمان الخصومة فحينئذٍ القول قول صاحب الماء وكذلك اذا لم يكن جارياً زمن الخصومة الا انه يعلم انه كان يجري الماء الى ارض هذا الرجل من هذا النهر قبل ذلك كان القول قول صاحب الماء اه

مسائل متفرقة جعلتها تتمة لهذا الفصل

(١) اختلف ناظر الوقف والمستأجر في الخوابي الملتصقة بارض المصبغة فالقول للناظر (٢) له ممر في كرم رجل وقد اختلف معه في مقداره يجعل الممر بقدر الباب الاعظم للكرم كما في الدار (٣) امرأة جهزت ابنتها بجهاز ودفعته لها ثم ماتت الام فادعي ورثتها عَلَى البنت بالجهاز انه عارية وادعت هي انه ملك فالمدار عَلَى العرف فان كانت الام ممن تدفع ذلك ملكاً لا عارية فالقول للبنت لان الحال شاهد لها (٤) لو بنى المستاجر في حمام الوقف بالاذن فالقول في المقدار الذي صرفه للناظر بلا يمين لان الناظر خصم في حق سماع البينة لا في حق اليمين لان اقراره على الوقف

لا يصح (٥) اختلف الزوجان في شيء فقال الرجل اعطيته بثمن وقالت هو هبة فالقول للزوجة بيمينها لانه يدعي عليها الضمان وهي تنكره (٦) ادعى على عمه بتركة جده فقال العم كان ابوك في عيال ابي ومات قبله بلا تركة فالقول للعم بيمينه فيما هو تحت يده لان اقصى ما يستدل به على الملك وضع اليد ولو ادعى عليه غريم من غرماء اخيه فكذلك الجواب والاصل في هذا الجنس ان الورثة متى اختلفت في موت الاقارب فالبينة بينة من يدعي الارث والزيادة فيه والقول لمن ينكر والخارج هو المدعي وذو اليد هو المنكر لان الاول يدعي خلاف الظاهر والثاني يدعي الظاهر اذ اليد دليل الملك فلو كان الاخ هو الواضع اليد دون عمه كان القول قوله ولو كان المدعي في ايديهما تساويا ولو كان في يد ثالث واقر بانه مال الاب الذي هو جد المدعي فعلى ابن الاخ البينة لان ارث الابن محقق وارث ابن الابن فيه شك اه والكل من الخيرية (٧) قال البائع بعتك هذا الزرع وهو غير منتفع به وقال المشتري كان منتفعاً به فالقول للمشتري لانه يدعي الصحة (قنية) (٨) ادعى احدهما ان الاقرار هزل او تلجئة وادعى الاخر انه جد فالقول لمدعي الجد وعلى الاخر البينة (تتارخانية) (٩) اذا تصرف في ملك غيره ثم ادعى انه كان باذنه فالقول للمالك الا اذا تصرف في مال امرأته فماتت وادعى انه كان باذنها وانكر الوارث فالقول للزوج (اشباه) (١٠) ادعى الوديع ان المودع امره بدفع الوديعة الى فلان وكذبه صاحبها فالقول للمودع انه لم يأمره (بحر) (١١) لو ان الوديع اودع الوديعة وهلكت وقال المالك هلكت عند الثاني وقال الوديع لا بل ردها الي وهلكت عندي لا يصدق لان ايداع الغير موجب للضمان بخلاف ما لو غصبت الوديعة من الوديع وهلكت فاراد المالك ان يضمن الغاصب فقال الوديع قد ردها الي وهلكت عندي فالقول قوله لانه امين (تتارخانية) (١٢) لو قال الوديع بعد موت المودع رددت الوديعة على الوصي كان القول قوله بيمينه ولا يضمن ولو اودع عند رجل وديعة فقال الوديع ضاعت منذ عشرة ايام واقام المودع بينة انها كانت في يده منذ يومين فقال الوديع وجدتها ثم ضاعت قبل ذلك منه (تتارخانية) (١٣) هلك الرهن المستعار فقال المعير هلك عند المرتهن وقال المستعير هلك قبل ان ارهنه او بعد ما رهنته وافتككته فالقول للراهن بيمينه (خانية) (١٤) قال الراهن ما هذا الذي رهنته عندك وقال المرتهن بل هذا فالقول للمرتهن (فتاوى ابن نجيم) (١٥) هلكت العين المستاجر على

حفظها فقال الاجير هلكت بعد عام ولي اجره وقال المستاجر هلكت بعد شهر فالقول للمستاجر لانه ينكر لزوم الاجر (عمادية) (١٦) قال القصار رددت الثوب فالقول له بيمينه ولا اجر له (وجيز السرخسى) (١٧) دفع متاعاً الى حمال ليحمله الى موضع فحمله فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال الحمال هو متاعك فالقول للحمال بلا يمينه ولا اجر له الا ان يصدقه الاجر (خانية) (١٨) قال لغريمه حططت عنك الخمسمائة من الالف التي لي عليك على ان تعطيني الخمسمائة الباقية اول الشهر وقال المديون حططت بغير شيء فالقول للمطلوب لاقرار الطالب بالحط (بزازية) (١٩) اذا قال الرجل انا معسر فعليَّ نفقة المعسرين كان القول قوله الا ان تقيم المرأة بينة عَلَى اليسار (خانية) (٢٠) ادعى رجل نشوز زوجته وانكرت فالقول لها بيمينها فان حلفت اخذت النفقة وان نكلت سقطت والبينة عليه (بحر رائق) (٢١) اشترى ارضاً ثم امتنع عن ايفاء الثمن وقال اشتريتها عَلَى انها جريبان فاذا هي انقص وقال البائع بعتها كما هي وما شرطت لك شيئاً فالقول للبائع في انكار الشرط بيمينه (خانية) (٢٢) اشترى غلة واستلمها من البائع موزونة فوزنها في بيته فوجدها ناقصة واراد ان يرجع بقدر النقصان فالقول للمشتري بيمينه لانه ينكر القبض (جواهر الفتاوى) (٢٣) باع طعاماً بعينه وقال بعته بعشرة مجازفة وقال المشتري اشتريته مكايلة يتحالفان وكذلك ما يوزن وان قال البائع بعت الثوب ولم اسم الذراع وادعى المشتري شراءه مذارعة فالقول للبائع ولو ادعى انه اشتراه على انه كذا ذراعاً كل ذراع بدرهم وقال البائع لم اسم ذراعاً فالقول للمشتري و يتحالفان و يترادان عَلَى قول ابي يوسف (بزازية) (٢٤) اشترى دابة فوجد بها عيباً فركبها فقال البائع ركبتها في حوائجك فلم يبق لك حق الرجوع وقال المشتري لا بل ركبتها لاردها عليك كان القول للمشتري (خانية) (٢٥) قال البائع بعته منك معيباً وقال المشتري سليماً فالقول للمشتري (قنية) (٢٦) امر رب الدار المستأجر ان يبني في الدار ويحسب ذلك من الاجر واختلفا فقال المستأجر امرتني بالبنا وقد بنيت وقال رب الدار ما بنيت فالقول لرب الدار بيمينه لانه ينكر استيفاء الاجرة وان اقر بالبنا الا انهما اختلفا في مقدار ما انفق ذكر ان القول قول رب الدار بيمينه لانه يدعى عليه زيادة وهو ينكر قالوا هذا اذا اشكل الحال بان اختلف في ذلك اهل الصناعة فقال بعضهم انه يذهب في نفقة مثل هذا البنا كما يقول رب الدار وقال بعضهم لا بل كما يقول المستأجر

حتى تعذر معرفة قول احدهما من جهة النير فيعتبر حينئذٍ الدعوى والانكار والمستاجر يدعي زيادة انفاق ورب الدار ينكر فيكون القول قوله واما اذا اجمع اهل تلك الصناعة على قول احدهما وقالوا يذهب في مثل هذا البناء ما يقوله احدهما فالقول قوله لانه امكن معرفة ما وقع التنازع فيه من جهة غيرهما ولا يلتفت الى قولهما (ذخيرة) (٢٧) استاجر طاحونة ثم اختلفا بعد الخروج في متاع الرحى من خشبها واسطوانتها فكله للطحان وعلى هذا القصار والحداد وكل ما اشبه من الاوعية والادوات (خزانة الاكمل) (٢٨) استاجر حماماً ثم اختلفا في قدر الحمام انه للمستاجر او لصاحب الحمام فالقول لصاحب الحمام (محيط) (٢٩) دفع الى صائغ فضة ليعمل له شيئاً ويزيد من عنده فقال الصائغ زدت خمسة لان فضتك كانت خمسة وهذه عشرة وقال الدافع مازدت شيئاً بل فضتي كانت عشرة فالقول للصائغ (محيط) اه والكل من الانقروي (٣٠) ادعى راكب الدابة الاعارة وصاحبها الاجارة فالقول للراكب بيمينه لان صاحب الدابة يدعي تقويم المنفعة والراكب ينكر (خانية) (٣١) خياط يخيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول لرب الدار (محيط) (٣٢) وفيه اختلف الخياط ورب الثوب وادعى كل منهما انه هو الذي خاطه ان كان الثوب في يد الخياط كان القول قوله وعلى صاحب الثوب الاجرة له وان كان في يد المالك فالقول له وان كان في ايديهما فالقول للخياط بيمينه وعلى صاحب الثوب الاجرة (٣٣) ادى المحال عليه الدين ثم اختلفا فقال المحيل احلت بمالي عليك وقال المحال عليه ليس لك عليّ دين فارجع عليك فالقول قول المحال عليه (٣٤) قال لغيره امرتك ان تبيع عبدي عليّ ان لي فيه الخيار وقال المامور لم تامرني ان اشترط الخيار فالقول للمامور (هندية) (٣٥) اختلفا في ما يحدث عادةً في المأجور من البناء كالحانوت فقال المستأجر انا احدثته وقال المؤجر بل كان موجودا وقت الاجارة فالقول للمستأجر اما لو اختلفا في ما كان في الحانوت من الحطب والاعمدة والاجر ونحوها فالقول للمؤجر وان برهنا ففي كل موضع كان القول للمستأجر ترجح بينة المؤجر (بزازية)

وهذه مسائل يصدق فيها واضع اليد بلا برهان وهل يصدق بيمينه ام بدونه الظاهر الاول اخذاً مما في البدائع كل موضع قضي بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده يجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برئ وان نكل قضي عليه بالنكول اه وهي لابس الثوب احق من آخذ الكم والراكب احق من آخذ اللجام وذلك

لان تصرف اللابس والراكب اظهر لاقتضائه الملك فكان صاحب اليد والآخذ خارجاً وذو اليد اولى وان اقاما البينة فبينة آخذ الكم واللجام اولى . ومن في السرج اولى من رديفه لان تمكنه في ذلك الموضع دليل على تقدم يده اما اذا كانا راكبين في السرج او لم تكن الدابة مسرجة فهي بينهما نصفان ومن له حمل عَلَى الدابة اولى ممن علق كوزه بها لانه اكثر تصرفاً وقيدنا بالكوز احترازاً عما لو كان له بعض حملها فلو كان لاحدهما منّ وللاخر مائة منّ كانت بينهما والجالس على البساط والمتعلق بهِ سواء لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليهِ لان اليد تثبت بكونه في بيته او بنقله من موضعه ومن معه ثوب وطرفه مع اخر فهما سواء بخلاف جالسي دار تنازعا فيها حيث لا يقضي لهما لاحتمال انها في يد غيرهما والجلوس لا يدل على الملك اه عن الدر المختار وحاشيته للطحطاوي

فصل في دعوى الحائط والطريق

وفي الخانية حائط بين دارين كل دار لرجل ادعى الحائط صاحب كل دار فهذه المسئلة على وجوه ان كان لاحد المدعيين جذوع عَلَى الحائط المنازع فيه وليس للاخر عليه شيء فهو لصاحب الجذوع وكذا لو كان لاحدهما جذوع وللاخر عليه هرادى او بواري فهو لصاحب الجذوع وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر سترة او حائط فالحائط الاسفل لصاحب الجذوع والسترة لصاحب السترة بمنزلة سفل لرجل عليه علو لاخر ولا يؤمر صاحب السترة برفعها الى ان يثبت مدعي الحائط استحقاق الحائط بالبينة فحينئذٍ يؤمر صاحب السترة برفعها وان كان لاحدهما عَلَى الحائط جذوع وللاخر اتصال بهذا الحائط من جانب واحد فعندنا صاحب الجذوع اولى والمراد بهذا الاتصال مداخلة بعض انصاف لبن هذا في بعض ذلك من احد جانبي الحائط المنازع فيه لا من الجانبين وذكر الطحطاوي ان صاحب هذا الاتصال اولى وبهِ اخذ بعض المشايخ وان كان لاحد المتداعيين عَلَى الحائط المنازع فيه جذوع وللاخر اتصال تربيع بهذا الحائط فصاحب اتصال التربيع اولى ولا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لان صاحب الاتصال استحق الحائط بنوع ظاهر فلا يستحق به رفع الجذوع لان وضعها على حائط الغير قد يكون مستحقاً في الاصل بان كان مشروطاً في اصل القسمة واختلفوا في تفسير اتصال التربيع قال الكرخي هو مداخلة انصاف اللبن في جانبي الحائط المنازع

فيه بحائطين لاحدهما والحائطان متصلان بحائط له في مقابلة الحائط المنازع فيهِ حتى يصير مربعاً فيكون الكل في حكم بناء واحد وبهِ اخذ بعض المشايخ وقال ابو يوسف هو اتصال جانبي الحائط المنازع فيه بمداخلة اتصال اللبن بحائطين لاحدهما فاما اتصال الحائطين بحائط اخر في مقابلة الحائط المنازع فيه فغير معتبر وعليه اكثر المشايخ منهم السرخسي (قلت وفي الحامدية عن العمادية انه في اتصال التربيع يكفي الاتصال من جانب واحد على رواية الطحطاوي وهو الاظهر وان كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الاربعة اه) وان كان وجه الحائط المنازع فيه الى احد المتداعيين او كان لاحدهما عليه طاقات كان الحائط بينهما عَلَى قول الامام وعند صاحبيه فهو لمن كان وجه الحائط والطاقات اليه وان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللاخر عليه هرادى او بواري فهو لصاحب الجذع وان كان لاحدهما جذع او جذعان دون الثلاثة وللاخر عليه ثلاثة جذوع او اكثر فالحائط لصاحب الثلاثة ولصاحب ما دون الثلاثة موضع جذعه وهذا استحسان ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع فهو بينهما هو المختار ٠ دار في يد قوم في يد واحد منهم ناحية بعينها وفي الدار درج معقود باخر سفل الدرج في يد احدهم وعلى ظهر الدرج طريق للاخر الى منزله فانه يقضى بالدرج لصاحب السفل ولصاحب العلو طريقه على الدرج على حاله اه ما في الخانية وفي الهندية اذا كان حائط بين دارين وكان الحائط طويلاً وكل واحد منهما منفرد ببعض الحائط بالاتصال ووضع الجذوع قضي لكل واحد منهما بما يوازي ساحته من الحائط ولا ينظر الى عدد الجذوع واما ما بينهما من الفضاء فيقضى به بينهما ولو تنازعا في باب يغلق عَلَى حائط بين دارين والغلق الى احدهما قال ابو حنيفة يقضى بالغلق والباب بينهما وقالا يقضى بالباب لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين يقضى بالباب بينهما بالاجماع ٠ اذا كان له باب مفتوح في داره عَلَى حائط في زقاق انكر اهل الزقاق ان يكون له حق المرور في زقاقهم فلهم منعه الا ان تقوم بينة عَلَى ان له طريقاً ثابتاً فيها اه ما في الهندية

الفصل الرابع

في التحالف

✵ المادة ١٧٧٨ ✵ اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع او في مقدار كليهما او في وصفهما او في جنسهما يحكم لمن اقام منهما البينة وان اقام كلاهما البينة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما

وذلك لان في الوجه الاول نور احدهما دعواه بالبينة وبقي من الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء فلا يعارضها مجرد الدعوى واما في الوجه الثاني فلان بينة الزيادة اولى كما مر في المادة ١٧٦٢ فيحكم لمن اقامها وهو البائع ان اختلفا في مقدار الثمن والمشتري ان اختلفا في مقدار المبيع واذا اختلفا في وصف الثمن او جنسه وبرهن كل منهما يحكم لمثبت وصف او جنس اقتضى زيادة (رد محتار)

وان عجز كلاهما عن الاثبات يقال اما ان يرضى احدكما بدعوى الاخر او يفسخ البيع وعلى هذا ان لم يرضَ احدهما بدعوى صاحبه حلف الحاكم كلاً منهما على دعوى الاخر وبدأ بيمين المشتري

لانه يطالب اولاً بالثمن وهو ينكره فكان البادىء بالانكار (در مختار) ثم ان هذا اذا كان الاختلاف في الثمن او في الثمن والمبيع معاً اما لو كان الاختلاف في المبيع فقط فيبدأ بيمين البائع كما في الخيرية وهذا كله لو المبيع بيع عين بدين والا بان كان مقايضة او صرفاً فالقاضي مخير بان يبدأ بيمين ايهما شاء كما في التنوير ثم اعلم ان التحالف محله اذا كان البيع عارياً عن الخيار اما لو كان فيه خيار رؤية او عيب او شرط فلا تحالف بل يفسخ من له الخيار وان ابى يجبر ولكن ينبغي ان البائع اذا كان يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها فان خيار المشتري يمنع التحالف واما خيار البائع فلا ولو كان المشتري يدعي زيادة المبيع والبائع ينكرها فان خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ واما خيار المشتري فلا هذا ما ظهر لي تخريجاً لا نقلاً (تكملة عن البحر)

فاذا نكل احدهما عن اليمين ثبتت دعوى الاخر واذا حلف كلاهما فسخ الحاكم البيع

بطلبهما او بطلب احدهما ولا ينفسخ بالتحالف ولا بفسخ احدهما بل بفسخهما (در مختار)وفي التنوير وان اختلف المتعاقدان في مقدار الثمن بعد الاقالة ولا بينة تحالفا وعاد البيع لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضاً ولم يرده المشترى الى بائعه بحكم الاقالة فان رده اليه بحكم الاقالة لاتحالف اه

﴿ المادة ١٧٧٩ ﴾ اذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف في المأجور في مقدار الاجر مع المؤجر بان ادعى ان الاجرة عشرة وادعى المؤجر انها خمسة عشر تقبل دعوى من اقام البينة منهما وان اقام كلاهما معاً البينة يحكم ببينة المؤجر وان عجزا عن الاثبات يحلفان معاً

لان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع في كون كل من المتعاقدين يدعي على الاخر وهو ينكره و كون كل من العقدين معاوضة يجري فيها الفسخ فالتحقت به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة معدومة واجيب بان الدار مثلاً اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديراً (درر)

و يبدأ بتحليف المستأجر و يلزم من نكل بنكوله فان حلف كلاهما فسخ الحاكم الاجارة

مثلاً اذا استأجر داراً او دابة ولم يتصرف بها حتى اختلفا فادعى المستاجر ان الاجر خمسة دراهم وقال المؤجر عشرة دراهم ولا بينة فانهما يتحالفان فايهما نكل لزمته دعوى الاخر و يبدأ بيمين المستاجر وان حلفا فسخ القاضي العقد بينهما وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة يقضى ببينة الاجر لانه يثبت حق نفسه (خانية)

واذا اختلفا في المدة او في المسافة فالحكم على هذا الوجه الا انه اذا اقام كلاهما البينة يحكم ببينة المستأجر و يبدأ بتحليف المؤجر في صورة التحالف

لانه ينكر وجوب زيادة المنفعة وانما كانت بينة المستاجر اولى لانه يدعى تلك الزيادة . مثال ذلك لو قال المستاجر آجرتني شهرين بعشرة دراهم وقال المؤجر لا بل شهراً واحداً بعشرة دراهم او قال المستاجر اجرتني الدابة الى الكوفة بخمسة دراهم وقال صاحب الدابة لا بل الى البصرة بخمسة دراهم فايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة يقضى ببينة المستاجر وان لا بينة لهما يتحالفان و يبدأ بيمين الموجر (خانية) وفيها وان اختلفا في الاخرة والمدة جميعاً او في الاجرة والمسافة جميعاً فانهما يتحالفان واذا حلفا يفسخ العقد بينهماوايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة يقضى بالبينتين جميعاً فيقضى بزيادة الاجر ببينة الآجر وبزيادة المدة والمسافة ببينة المستاجر اه

❊ المادة ١٧٨٠ ❊ اذا اختلف المؤجر والمستأجر على الوجه المار في المادة الانفة بعد انقضاء مدة الاجارة فالقول للمستأجر مع اليمين وليس هناك تحالف

وكذا اذا اختلفا بعد ما وصل المستاجر الى المكان الذي يدعي الاجارة اليه (خانية) وذلك لان التحالف في البيع بعد قبض المبيع على خلاف القياس ولانقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود عليه باستيفاء المنفعة يمنع التحالف على اصل الامامين بخلاف ما في صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه (مجمع الانهر) ثم اعلم ان كون القول للمستاجر محله فيما اذا كان الاختلاف في الاجرة فلو كان الاختلاف في المدة كأن ادعى المستاجر بعد الاستيفاء مدةً اكثر مما ادعاه الموجر لا يكون القول للمستاجر بل للموجر (تكملة عن ابي السعود)

❊ المادة ١٧٨١ ❊ اذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الاجرة في اثناء مدة الاجارة يجري التحالف ويفسخ عقد الاجارة في حق المدة الباقية ويكون القول للمستأجر في حصة المدة الماضية

انما تفسخ الاجارة فيما بقي من المنافع لامكان الفسخ وهذا لا ينافي ما مر ان هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف لان الاجارة تنعقد ساعةً فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقي من المنفعة كمعقود عليه غير

مقبوض فيتحالفان بحقه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود عليه بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة (مجمع الانهر)

﴿المادة ١٧٨٢﴾ اذا اختلف المتبايعان بعد ان تلف المبيع في يد المشتري او حدث فيه عيب مانع للرد لا يجري التحالف ويحلف المشتري فقط

اعلم ان لا تحالف لو اختلفا في الثمن اذا هلك بعد القبض ولا تحالف اذا اختلفا في المبيع بعد هلاكه او خروجه عن ملك المشتري او تعيبه بما لا يرد به وحلف المشتري الا اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري فانهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين واما اذا كان المستهلك المشتري فانه يعد قابضاً ثم ان هذا اذا كان الثمن ديناً فلو مقايضة تحالفا اجماعاً لان المبيع كل منهما فكان العقد قائم ببقاء الباقي منهما فاذا حلفا يرد مثل الهالك ان كان مثلياً او قيمته ان كان قيمياً ولا تحالف ايضاً بعد هلاك بعض المبيع وخروجه عن ملك المشتري الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك اصلاً فحينئذٍ يتحالفان كذا في الدر المختار وحاشيته للطحطاوي وفي التكملة وان وقع الاختلاف بين ورثة البائع والمشتري او بين ورثة احدهما والحي فان كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالاجماع الا ان اليمين على الورثة على العلم وان كان بعد القبض فكذلك عند محمد وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري او ورثته بعد وفاته كما في شرح الطحطاوي واذا اختلف المشتري مع الوكيل بقبض الثمن لا يتحالفان اذ الوكيل بالقبض لا يحلف وان ملك الخصومة عند الامام فيدفع المشتري الثمن الذي اقر به له واذا حضر الموكل المباشر للعقد وطالبه بالزيادة يتحالفان حينئذٍ اه

﴿المادة ١٧٨٣﴾ لا تحالف في دعوى الاجل. يعني في كون الثمن مؤجلاً او لا وفي شرط الخيار وفي قبض كل الثمن او بعضه بل يحلف المنكر في هذه الصور الثلاث

وذلك لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وبانعدامه لا يختل به قوام العقد بخلاف الاختلاف في جنس الثمن او وصفه لان ذلك

يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل فانه ليس بوصف (تكملة) وكذا لو اختلفا في اشتراط رهن او كفيل بالثمن لا تحالف ايضاً والقول للمنكر كما في دعوى الاجل (تنوير) ولو اختلفا في مضي الاجل او عدمه فالقول للمشتري لانه حقه وهو ينكر استيفاء حقه والبينة له ايضاً (در منتقى)

ويستثنى من قولهم اذا اختلفا في الاجل فالقول لمنكره مسألتان الاولى اختلفا في اجل السلم بان ادعاه احدهما ونفاه الاخر فالقول فيه لمدعيه عند الامام لانه شرط وتركه مفسد واقدامهما يدل على الصحة فشهد الظاهر لمدعيه فكان القول قوله (طحطاوي) . الثانية اذا قال الكفيل كفلت المال عنه الى شهر وقال الطالب بل كفلته حالاً فالقول للكفيل(خانية)

انتهى

الكتاب السادس عشر

في القضاء ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

المقدمة

في بعض الاصطلاحات الفقهية

(المادة ١٧٨٤) القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية

وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ومحاسنه لا تخفى عَلَى احد ولولا ذلك لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم والفساد والحاكم نائب الله تعالى في ارضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهي عن المنكر والقضاء بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات بعد الايمان بالله تعالى (مجمع الانهر)

(المادة ١٧٨٥) الحاكم هو من عينه ونصبه السلطان لفصل وحسم الدعاوى والمخاصمات الواقعة بين الناس وفقاً لاحكامها المشروعة

(المادة ١٧٨٦) الحكم هو قطع الحاكم وفصله المخاصمة وهو على قسمين القسم الاول هو الزام الحاكم المحكوم عليه بالمحكوم به كقوله حكمت او اعطِ الشيء المدعى به عليك ويقال له قضاء الالزام وقضاء الاستحقاق والقسم الثاني هو منع الحاكم المدعي من المنازعة كقوله ليس لك حق او انت ممنوع من المنازعة ويقال له قضاء الترك

والفرق بين القسمين على وجهين الاول ان المقضى عليه في حادثة قضاء استحقاق لا يصير فيها مقضياً له اما المقضي عليه في حادثة قضاء ترك فيمكنه ان يصير فيها مقضياً له اذا اثبت دعواه بالبينة . الثاني اذا ادعى رجل ثالث المال المحكوم به لاخر تسمع دعواه به في قضاء الترك ولا تسمع بعد قضاء الاستحقاق الا ان يدعي تلقي الملك من المقضي له (در منتقى وحموي)

ويقسم الحكم ايضاً الى قسمين آخرين قولي وفعلي فالقولي مثل الزمت وقضيت مثلاً وقوله ثبت عندي او ظهر عندي يكفي وكذا لو قال علمت فهذا كله حكم في المختار وحكى في التتمة الخلاف في الثبوت والفتوى على انه حكم كما في الخانية وغيرها ولكن عرف المتشرعين والموثقين الان على انه ليس بحكم ولهذا يقال ولما ثبت عنده حكم والوجه ان يقال ان وقع الثبوت على مقدمات الحكم كقول المسجل ثبت عنده جريان العين في ملك البائع الى حين البيع فليس بحكم اذا كان المقصود من الدعوى الحكم على البائع بملك المشتري للعين المبيعة والا فهو حكم واما الحكم الفعلي كشراء القاضي وبيعه مال اليتيم وقسمته العقار ونحو ذلك فجزم في التجنيس بانه حكم ورده في الفتح بان الاوجه أنه ليس بحكم لانتفاء شرطه اي الدعوى الصحيحة لكن لما كثر كلامهم كون فعل القاضي حكماً فالاولى ان يقال تصحيحاً لكلامهم ان الحكم القولي يحتاج الى الدعوى والفعلي لا كالقضاء الضمني لا يحتاج اليها وانما يحتاجها القصدي ويدخل الضمني تبعاً (رد محتار) قلت وظهر من هذا ان القضاء يقسم ايضاً الى قسمين اخرين قصدى وضمني فصارت اقسامه ستة ويأتي تمام الكلام على القضاء الضمني في شرح المادة ١٨٢٩

﴿ المادة ١٧٨٧ ﴾ المحكوم به هو الشيء الذي الزمه الحاكم المحكوم عليه وهو ايفاؤه حق المدعي فى قضاء الالزام وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك

والمحكوم به اربعة اقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنا والخمر وحق العبد المحض وهو ظاهر وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف والسرقة او غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير وشرطه كونه معلوماً (بحر) وعن هذا فالحكم بالموجب لا يكفي ما لم يكن الموجب امراً واحداً كالحكم بموجب البيع او الطلاق او العتاق وهو ثبوت الملك والحرية وزوال العصمة فلو اكثر فان استلزم احدهما الاخر صح كالحكم على الكفيل بالدين فان موجبه الحكم عليه به وعلى الاصيل الغائب والا فلا (رد محتار)

﴿ المادة ١٧٨٨ ﴾ المحكوم عليه هو الذي حكم عليه

﴿ المادة ١٧٨٩ ﴾ المحكوم له هو الذي حكم له

والشرط فيه بالاجماع حضرته او حضرة نائب عنه كوكيل او وصي فالمحكوم له المحجور كالغائب (رد محتار) ويشترط ان تكون دعواه صحيحة واما طلبه الحكم من القاضي في حقوق العباد بعد وجود الشرائط فليس بشرط (طحطاوي)

﴿ المادة ١٧٩٠ ﴾ التحكيم هو اتخاذ الخصمين برضاهما حاكماً يفصل خصومتهما ودعواهما ويقال له حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة

وركن التحكيم لفظه الدال عليه مع قبول الاخر ذلك وشروطه من جهة المحكم بالكسر العقل ومن جهة المحكم بالفتح صلاحيته للقضاء وتشترط الاهلية المذكورة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً فلو حكما صبياً فبلغ ثم حكم لا ينفذ كما هو الحكم في مقلد (تنوير)

﴿ المادة ١٧٩١ ﴾ الوكيل المسخر هو الوكيل الذي اقامه الحاكم للمدعى عليه الذي لم يمكن احضاره الى المحكمة

الباب الاول

في الحكام ويحتوي على اربعة فصول

الفصل الاول

في اوصاف الحاكم

﴿ المادة ١٧٩٢ ﴾ ينبغي ان يكون الحاكم حكيماً فهيماً مستقيماً واميناً مكيناً متيناً

قال في التنوير وينبغي ان يكون القاضي موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه والاجتهاد شرط الاولوية ولا يطلب القضاء بقلبه ولا يساله بلسانه ويختار الاقدر والاولى به ولا يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً

لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكره تحريماً التقلد لمن خاف الحيف اوالعجز والتقلد رخصة والترك عزيمة عند العامة ويحرم على غير الاهل الدخول فيه قطعاً اه وفي رد المحتار ويكون القاضي شديداً من غير عنف ليناً من غير ضعف لان القضاء من اهم امور المسلمين فكل من هو اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما يصيبه من الناس كان اولى اه وفي الهندية وينبغي للقاضي ان يتقي الله ويقضي بالحق ولا يقضي لهوى يضله ولا لرغبة تغيره ولا لرهبة تزجره بل يؤثر طاعة ربه ويعمل لمعاده طمعاً في جزيل ثوابه وهرباً من اليم عذابه فيتبع الحكمة وفصل الخطاب اه

﴿المادة ١٧٩٣﴾ ينبغي ان يكون الحاكم واقفاً على المسائل الفقهية وعلى اصول المحاكمة ومقتدراً على حسم الدعاوى الواقعة وفصلها وفقاً لتلك المسائل والاصول

ولكن لا يشترط ان يكون القاضي مجتهداً لان الاجتهاد شرط الاولوية كما قدمنا في شرح المادة السابقة ثم ان يظهر جلياً من نص هذه المادة انه لا يجوز تقليد الجاهل بل يلزم ان يكون المقلد عالماً بالمسائل الفقهية واقفاً عليها وهذا مؤيد لما قاله ابن الغرس من انه يجب اقله ان يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة وان يعرف طريق تحصيل الاحكام الشرعية من كتب المذهب ومن الاحاديث الشريفة من قلد انساناً عملاً وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

﴿المادة ١٧٩٤﴾ يلزم ان يكون الحاكم مقتدراً على التمييز التام بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الخصمين القوي

وكذا لا يجوز ايضاً قضاء الاخرس (در مختار) والحاصل انه يشترط في الحاكم العقل والبلوغ والبصر والسمع والنطق والسلامة عن حد القذف ولكن لا يشترط الذكورة والاجتهاد ويلزم اجتماع هذه الشروط في وقت التقليد والحكم (طحطاوي) حتى لو ولي رجل القضاء ثم ذهب بصره او سمعه او عقله صار معزولاً (هندية) وفيها ان العدالة ليست بشرط في جواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع لكن لا ينبغي ان يقلد الفاسق اه

الفصل الثاني

في آداب الحاكم

الادب هو التخلق بالاخلاق الجميلة والخصال الحميدة في معاشرة الناس ومعاملتهم وادب القاضي التزامه لما ندب اليه الشرع من بسط العدل ودفع الظلم وترك الميل والمحافظة على حدود الشرع والجري على سنن السنة (هندية)

﴿المادة ١٧٩٥﴾ يلزم الحاكم اجتناب الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة في المجلس

ولا ينبغي للقاضي ان يستقرض الا من صديق او خليط له كان قبل ان يستقضي فلا يخاصم اليه ولا يتهمه انه يعين خصماً وكذلك الاستعارة ويتبع الجنازة ويعود المريض ولكن لا يطيل مكثه في ذلك المجلس ولا يمكن احداً من الخصوم يتكلم معه في ذلك المجلس بشيء من الخصومات وفي السقناقي وانما يعود المريض اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي ان يعوده · وفي البزازية ويأمر القاضي اعوانه بالرفق (هندية ملخصاً)

﴿المادة ١٧٩٦﴾ القاضي لا يقبل هدية احد الخصمين ابداً

ظاهره انه يقبل هدية غيرهما ولكن في الهندية ولا يقبل القاضي هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته بمهاداته قبل القضاء لكن هذا اذا لم تكن للقريب او لمن جرت عادته بمهاداته خصومة وحاصل ذلك ان هدايا القاضي انواع هدية ممن له خصومة وليس له ان يقبلها مطلقاً وهدية ممن لا خصومة له وانها على نوعين اما ان تكون بينهما مهاداة قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة او لم تكن فان لم تكن لا ينبغي له ان يقبلها وان كانت بينهما مهاداة قبل القضاء فان اهداه بعد القضاء بمثل ما كان يهديه قبل القضاء فلا باس بان يقبلها وان كان اهداه زيادة على ما كان يهديه قبل القضاء فانه لا ياخذ الزيادة الا ان يكون مال المهدي قد ازداد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية فلا باس بقبولها وان اخذ الهدية يردها على صاحبها وان كان المهدي يتأذى بالرد يقبل ويعطيه مثل قيمة هديته اه

﴿المادة ١٧٩٧﴾ الحاكم لا يذهب الى ضيافة احد من الخصمين قطعاً

اي سواء كان بين الخصم والقاضي قرابة او مباسطة قبل القضاء او لم يكن سواء كانت الدعوة عامة او خاصة والدعوة العامة هي التي يتخذها المضيف سواء حضر القاضي ام لا والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي (در مختار) ولكن هل يقبل القاضي الدعوة من غير الخصمين ظاهر المادة نعم وقال بعضهم لا وقال اخرون هي كالهدية وظاهر الفتح اعتماده (رد محتار)قلت وهذا كله في الدعوة الخاصة اما الدعوة العامة فلا باس للقاضي بقبولها كما في الملتقى والخانية وغيرهما وكان القاضي لا يقبل دعوة احد الخصمين لا يجوز له ان يضيفه هو ايضاً كما يفهم من المادة الاتية وبه صرح في الهندية حيث قال ولا يضيف القاضي احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه اه

﴿المادة ١٧٩٨﴾ لا يجوز للحاكم ما دامت الدعوى عنده ان يبدو منه حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن كقبول احد الخصمين في داره والخلوة به في مجلس الحكم او الاشارة اليه بالعين او اليد او الراس او قوله له كلاماً خفياً او مخاطبته بلسان لا يفهمه الاخر

وكذا لا يضحك اليه ولا يمزح معه ولا يتلطف به ولا يلقنه حجته لان هذه الاشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر قلب الاخر (مجمع الانهر) ولا يرفع صوته عليه ولا يقوم له ولا يلقن الشاهد شهادته واستحسنه ابو يوسف فيما لا يستفيد به زيادة علم والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته (در مختار) وقال في الفتح وعن ابي يوسف لا باس به لمن استولته الحيرة او الهيبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة اما فيها بان ادعى المدعي الفاً وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق (رد محتار) ولو امر القاضي رجلين ليعلما الخصم الدعوى والخصومة فلا باس به خصوصاً على قول ابي يوسف (خانية)٠ وينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضي عليه و يبين

له وجه قضائه و يبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته انهُ جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء واذا امكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان اولى اه

❋ المادة ١٧٩٩ ❋ الحاكم مأمور بالعدل بين الخصمين فيلزمه من ثم ان يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كاجلاس الخصمين واحالة النظر و توجيه الخطاب اليهما ولو كان احدهما من الاشراف والاخر من عامة الناس

ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من جانب اليسار لان جانب اليمين افضل فيكون تقديماً له على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي فيه بين الاب والابن و بين الخليفة والرعية والمسلم والذمي (هندية)

الفصل الثالث

في وظائف الحاكم

❋ المادة ١٨٠٠ ❋ الحاكم وكيل من قبل السلطان في اجراء المحاكمة والحكم

ولكن لا ينعزل بوفاة السلطان كما في الوكيل (هندية) ثم انه وان كان الحاكم وكيلاً من قبل السلطان لا ينبغي ان يفهم من ذلك بانه لا تصح ولايته الا من السلطان فقد قال في الهندية عن المحيط واذا قال السلطان لوالي بلدة قلد من شئت صح وان جعل اميراً على بلدة وجعل خراجها له فاطلق له التصرف في الرعية على العموم كما تقتضيه الامارة فله ان يقلد وان يعزل اه

❋ المادة ١٨٠١ ❋ القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات

وذلك لان القاضي وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله فاذا خصص له تخصص واذا عمم تعمم (حامدية) والقضاء يقبل ايضاً التعليق بالشرط كقوله اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيها والاضافة كجعلتك قاضياً في راس الشهر (رد محتار) ويجوز تعليق عزل القاضي بالشرط ايضاً ولو قيد القاضي انابة نائبه في مسجد معين لا يكون للنائب ان يقضي في مسجد اخر (هندية)

فالحاكم المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلولها او بعد مرورها وكذلك الحاكم المنصوب للحكم في قضاء يحكم في جميع اطراف ذلك القضاء وليس له ان يحكم في قضاء آخر

وقاضي العسكر لا ولاية له على غير العسكر فلا ينفذ قضاؤه على غير العسكر الا اذا شرط ذلك عند التقليد واذا كان الرجل من اهل العسكر وهو يعمل في السوق ويحترف فهو من اهل العسكر (هندية)

والحاكم المنصوب ليحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر امر سلطاني بعدم سماع الدعوى المتعلقة بالشان الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها

وكذا لو ولى السلطان قاضياً وقال له جعلتك قاضياً الا في قضية فلان ولا تنظر في قضية كذا فانه يصح تقييده (رد محتار) ومن هذا القبيل منع السلطان قضاته عن سماع دعوى تركها المدعي خمس عشرة سنة بدون عذر

وعلى ذلك الان عدة مسائل . الاولى : ليس للحكام بمقتضى النهي السلطاني ان يسجلوا وقف المديون فان فعلوا كان ذلك باطلاً سواء كان في صحة المديون او في مرض موته وللدائن ان يبطل من الوقف ما يكفي لوفاء دينه . الثانية : منع الحكام بارادة سنية مؤرخة في ٢٧ جمادى الاخرى سنة ٣٢٠ من سماع دعوى بيع العقار وشرائه ما لم تجرِ المعاملة الرسمية في ادارة الدفتر الخاقاني . الثالثة منعهم بارادة سنية رقم ٢٨ رجب سنة ٢٩١ من سماع دعوى الرهن وشرط الوفاء والاستغلال اذا لم تكن مربوطة

حتى تعذر معرفة قول احدهما من جهة النير فيعتبر حينئذٍ الدعوى والانكار والمستاجر يدعي زيادة انفاق ورب الدار ينكر فيكون القول قوله واما اذا اجمع اهل تلك الصناعة على قول احدهما وقالوا يذهب في مثل هذا البناء ما يقوله احدهما فالقول قوله لانه امكن معرفة ما وقع التنازع فيه من جهة غيرهما ولا يلتفت الى قولهما (ذخيرة) (٢٧) استاجر طاحونة ثم اختلفا بعد الخروج في متاع الرحى من خشبها واسطوانتها فكله للطحان وعلى هذا القصار والحداد وكل ما اشبه من الاوعية والادوات (خزانة الاكمل) (٢٨) استاجر حماماً ثم اختلفا في قدر الحمام انه للمستاجر او لصاحب الحمام فالقول لصاحب الحمام (محيط) (٢٩) دفع الى صائغ فضة ليعمل له شيئاً ويزيد من عنده فقال الصائغ زدت خمسة لان فضتك كانت خمسة وهذه عشرة وقال الدافع مازدت شيئاً بل فضتي كانت عشرة فالقول للصائغ (محيط) اه والكل من الانقروي (٣٠) ادعى راكب الدابة الاعارة وصاحبها الاجارة فالقول للراكب بيمينه لان صاحب الدابة يدعي تقويم المنفعة والراكب ينكر (خانية) (٣١) خياط يخيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول لرب الدار (محيط) (٣٢) وفيه اختلف الخياط ورب الثوب وادعى كل منهما انه هو الذي خاطه ان كان الثوب في يد الخياط كان القول قوله وعلى صاحب الثوب الاجرة له وان كان في يد المالك فالقول له وان كان في ايديهما فالقول للخياط بيمينه وعلى صاحب الثوب الاجرة (٣٣) ادى المحال عليه الدين ثم اختلفا فقال المحيل احلت بمالي عليك وقال المحال عليه ليس لك عليّ دين فارجع عليك فالقول قول المحال عليه (٣٤) قال لغيره امرتك ان تبيع عبدي على ان لي فيه الخيار وقال المامور لم تامرني ان اشترط الخيار فالقول للمامور (هندية) (٣٥) اختلفا في ما يحدث عادةً في المأجور من البناء كالحانوت فقال المستأجر انا احدثته وقال المؤجر بل كان موجودا وقت الاجارة فالقول للمستأجر اما لو اختلفا في ما كان في الحانوت من الحطب والاعمدة والاجر ونحوها فالقول للمؤجر وان برهنا ففي كل موضع كان القول للمستأجر ترجح بينة المؤجر (بزازية)

وهذه مسائل يصدق فيها واضع اليد بلا برهان وهل يصدق بيمينه ام بدونه الظاهر الاول اخذاً مما في البدائع كل موضع قضي بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده يجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برئ وان نكل قضي عليه بالنكول اه وهي لابس الثوب احق من آخذ الكم والراكب احق من آخذ اللجام وذلك

لان تصرف اللابس والراكب اظهر لاقتضائه الملك فكان صاحب اليد والآخذ خارجاً وذو اليد اولى وان اقاما البينة فبينة آخذ الكم واللجام اولى · ومن في السرج اولى من رديفه لان تمكنه في ذلك الموضع دليل على تقدم يده اما اذا كانا راكبين في السرج او لم تكن الدابة مسرجة فهي بينهما نصفان ومن له حمل عَلَى الدابة اولى ممن علق كوزه بها لانه اكثر تصرفاً وقيدنا بالكوز احترازاً عما لو كان له بعض حملها فلو كان لاحدهما منٌ وللاخر مائة منٍ كانت بينهما والجالس على البساط والمتعلق بهِ سواء لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليهِ لان اليد تثبت بكونه في بيته او بنقله من موضعه ومن معه ثوب وطرفه مع اخر فهما سواء بخلاف جالسي دار تنازعا فيها حيث لا يقضي لهما لاحتمال انها في يد غيرهما والجلوس لا يدل على الملك اه عن الدر المختار وحاشيته للطحطاوي

فصل في دعوى الحائط والطريق

وفي الخانية حائط بين دارين كل دار لرجل ادعى الحائط صاحب كل دار فهذه المسئلة على وجوه ان كان لاحد المدعيين جذوع عَلَى الحائط المنازع فيه وليس للاخر عليه شيء فهو لصاحب الجذوع وكذا لو كان لاحدهما جذوع وللاخر عليه هرادى او بواري فهو لصاحب الجذوع وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر سترة او حائط فالحائط الاسفل لصاحب الجذوع والسترة لصاحب السترة بمنزلة سفل لرجل عليه علو لاخر ولا يؤمر صاحب السترة برفعها الى ان يثبت مدعي الحائط استحقاق الحائط بالبينة فحينئذٍ يؤمر صاحب السترة برفعها وان كان لاحدهما عَلَى الحائط جذوع وللآخر اتصال بهذا الحائط من جانب واحد فعندنا صاحب الجذوع اولى والمراد بهذا الاتصال مداخلة بعض انصاف لبن هذا في بعض ذلك من احد جانبي الحائط المنازع فيه لا من الجانبين وذكر الطحطاوي ان صاحب هذا الاتصال اولى وبهِ اخذ بعض المشايخ وان كان لاحد المتداعيين عَلَى الحائط المنازع فيه جذوع وللاخر اتصال تربيع بهذا الحائط فصاحب اتصال التربيع اولى ولا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لان صاحب الاتصال استحق الحائط بنوع ظاهر فلا يستحق به رفع الجذوع لان وضعها على حائط الغير قد يكون مستحقاً في الاصل بان كان مشروطاً في اصل القسمة واختلفوا في تفسير اتصال التربيع قال الكرخي هو مداخلة انصاف اللبن في جانبي الحائط المنازع

فيه بحائطين لاحدهما والحائطان متصلان بحائط له في مقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً فيكون الكل في حكم بناء واحد وبه اخذ بعض المشايخ وقال ابو يوسف هو اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بمداخلة اتصال اللبن بحائطين لاحدهما فاما اتصال الحائطين بحائط اخر في مقابلة الحائط المتنازع فيه فغير معتبر وعليه اكثر المشايخ منهم السرخسي (قلت وفي الحامدية عن العمادية انه في اتصال التربيع يكفي الاتصال من جانب واحد على رواية الطحطاوي وهو الاظهروان كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الاربعة اه) وان كان وجه الحائط المتنازع فيه الى احد المتداعيين او كان لاحدهما عليه طاقات كان الحائط بينهما عَلَى قول الامام وعند صاحبيه فهو لمن كان وجه الحائط والطاقات اليه وان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللاخر عليه هرادى او بواري فهو لصاحب الجذع وان كان لاحدهما جذع او جذعان دون الثلاثة وللاخر عليه ثلاثة جذوع او اكثر فالحائط لصاحب الثلاثة ولصاحب ما دون الثلاثة موضع جذعه وهذا استحسان ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع فهو بينهما هو المختار ٠ دار في يد قوم في يد واحد منهم ناحية بعينها وفي الدار درج معقود باخر سفل الدرج في يد احدهم وعلى ظهر الدرج طريق للاخر الى منزله فانه يقضى بالدرج لصاحب السفل ولصاحب العلو طريقه على الدرج على حاله اه ما في الخانية وفي الهندية اذا كان حائط بين دارين وكان الحائط طويلاً وكل واحد منهما منفرد ببعض الحائط بالاتصال ووضع الجذوع قضي لكل واحد منهما بما يوازي ساحته من الحائط ولا ينظر الى عدد الجذوع واما ما بينهما من الفضاء فيقضى به بينهما ولو تنازعا في باب يغلق عَلَى حائط بين دارين والغلق الى احدهما قال ابو حنيفة يقضى بالغلق والباب بينهما وقالا يقضى بالباب لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين يقضى بالباب بينهما بالاجماع ٠ اذا كان له باب مفتوح في داره عَلَى حائط في زقاق انكر اهل الزقاق ان يكون له حق المرور في زقاقهم فلهم منعه الا ان تقوم بينة عَلَى ان له طريقاً ثابتاً فيها اه ما في الهندية

الفصل الرابع

في التحالف

﴿ المادة ١٧٧٨ ﴾ اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع او في مقدار كليهما او في وصفهما او في جنسهما يحكم لمن اقام منهما البينة وان اقام كلاهما البينة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما

وذلك لان في الوجه الاول نور احدهما دعواه بالبينة وبقي من الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء فلا يعارضها مجرد الدعوى واما في الوجه الثاني فلان بينة الزيادة اولى كما مر في المادة ١٧٦٢ فيحكم لمن اقامها وهو البائع ان اختلفا في مقدار الثمن والمشتري ان اختلفا في مقدار المبيع واذا اختلفا في وصف الثمن او جنسه وبرهن كل منهما يحكم لمثبت وصف او جنس اقتضى زيادة (رد محتار)

وان عجز كلاهما عن الاثبات يقال اما ان يرضى احدكما بدعوى الاخر او يفسخ البيع وعلى هذا ان لم يرضَ احدهما بدعوى صاحبه حلف الحاكم كلاً منهما على دعوى الاخر وبدأ بيمين المشتري

لانه يطالب اولاً بالثمن وهو ينكره فكان البادىء بالانكار (در مختار) ثم ان هذا اذا كان الاختلاف في الثمن او في الثمن والمبيع معًا اما لو كان الاختلاف في المبيع فقط فيبدأُ بيمين البائع كما في الخيرية وهذا كله لو المبيع بيع عين بدين والا بان كان مقايضة او صرفًا فالقاضي مخير بان يبدأ بيمين ايهما شاء كما في التنوير ثم اعلم ان التحالف محله اذا كان البيع عارياً عن الخيار اما لو كان فيه خيار رؤية او عيب او شرط فلا تحالف بل يفسخ من له الخيار وان ابى يجبر ولكن ينبغي ان البائع اذا كان يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها فان خيار المشتري يمنع التحالف واما خيار البائع فلا ولو كان المشتري يدعي زيادة المبيع والبائع ينكرها فان خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ واما خيار المشتري فلا هذا ما ظهر لي تخريجًا لا نقلاً (تكملة عن البحر)

فاذا نكل احدهما عن اليمين ثبتت دعوى الاخر واذا حلف كلاهما فسخ الحاكم البيع

بطلبهما او بطلب احدهما ولا ينفسخ بالتحالف ولا بفسخ احدهما بل بفسخهما (در مختار)وفي التنوير وان اختلف المتعاقدان في مقدار الثمن بعد الاقالة ولا بينة تحالفا وعاد البيع لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضاً ولم يرده المشترى الى بائعه بحكم الاقالة فان رده اليه بحكم الاقالة لاتحالف اه

﴿ المادة ١٧٧٩ ﴾ اذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف في المأجور في مقدار الاجر مع المؤجر بان ادعى ان الاجرة عشرة وادعى المؤجر انها خمسة عشر تقبل دعوى من اقام البينة منهما وان اقام كلاهما معاً البينة يحكم ببينة المؤجر وان عجزا عن الاثبات يحلفان معاً

لان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع في كون كل من المتعاقدين يدعي على الاخر وهو ينكره و كون كل من العقدين معاوضة يجري فيها الفسخ فالتحقت به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة معدومة واجيب بان الدار مثلاً اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديراً (درر)

و يبدأ بتحليف المستأجر و يلزم من نكل بنكوله فان حلف كلاهما فسخ الحاكم الاجارة

مثلاً اذا استأجر داراً او دابة ولم يتصرف بها حتى اختلفا فادعى المستاجر ان الاجر خمسة دراهم وقال المؤجر عشرة دراهم ولا بينة فانهما يتحالفان فايهما نكل لزمته دعوى الاخر و يبدأ بيمين المستاجر وان حلفا فسخ القاضي العقد بينهما وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة يقضى ببينة الاجر لانه يثبت حق نفسه (خانية)

واذا اختلفا في المدة او في المسافة فالحكم على هذا الوجه الا انه اذا اقام كلاهما البينة يحكم ببينة المستأجر و يبدأ بتحليف المؤجر في صورة التحالف

لانه ينكر وجوب زيادة المنفعة وانما كانت بينة المستاجر اولى لانه يدعى تلك الزيادة. مثال ذلك لو قال المستاجر آجرتني شهرين بعشرة دراهم وقال المؤجر لا بل شهراً واحداً بعشرة دراهم او قال المستاجر اجرتني الدابة الى الكوفة بخمسة دراهم وقال صاحب الدابة لا بل الى البصرة بخمسة دراهم فايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة يقضى ببينة المستاجر وان لا بينة لهما يتحالفان و يبدأُ بيمين الموجر (خانية) وفيها وان اختلفا في الاخرة والمدة جميعًا او في الاجرة والمسافة جميعًا فانهما يتحالفان واذا حلفا يفسخ العقد بينهماوايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة يقضى بالبينتين جميعاً فيقضى بزيادة الاجر ببينة الآجر وبزيادة المدة والمسافة ببينة المستاجر اه

﴿ المادة ١٧٨٠ ﴾ اذا اختلف المؤجر والمستأجر على الوجه المار في المادة الانفة بعد انقضاء مدة الاجارة فالقول للمستأجر مع اليمين وليس هناك تحالف

وكذا اذا اختلفا بعد ما وصل المستاجر الى المكان الذي يدعي الاجارة اليه (خانية) وذلك لان التحالف في البيع بعد قبض المبيع على خلاف القياس ولانقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود عليه باستيفاء المنفعة يمنع التحالف على اصل الامامين بخلاف ما في صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه (مجمع الانهر) ثم اعلم ان كون القول للمستاجر محله فيما اذا كان الاختلاف في الاجرة فلو كان الاختلاف في المدة كأن ادعى المستاجر بعد الاستيفاء مدة اكثر مما ادعاه الموجر لا يكون القول للمستاجر بل للموجر (تكملة عن ابي السعود)

﴿ المادة ١٧٨١ ﴾ اذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الاجرة في اثناء مدة الاجارة يجري التحالف ويفسخ عقد الاجارة في حق المدة الباقية ويكون القول للمستأجر في حصة المدة الماضية

انما تفسخ الاجارة فيما بقي من المنافع لامكان الفسخ وهذا لا ينافي ما مر ان هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقي من المنفعة كمعقود عليه غير

مقبوض فيتحالفان بحقه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود عليه بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة (مجمع الانهر)

﴿ المادة ١٧٨٢ ﴾ اذا اختلف المتبايعان بعد ان تلف المبيع في يد المشتري اوحدث فيه عيب مانع للرد لا يجري التحالف ويحلف المشتري فقط

اعلم ان لا تحالف لو اختلفا في الثمن اذا هلك بعد القبض ولا تحالف اذا اختلفا في المبيع بعد هلاكه او خروجه عن ملك المشتري او تعيبه بما لا يرد به وحلف المشتري الا اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري فانهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين واما اذا كان المستهلك المشتري فانه يعد قابضاً ثم ان هذا اذا كان الثمن ديناً فلو مقايضة تحالفا اجماعاً لان المبيع كل منهما فكان العقد قائم ببقاء الباقي منهما فاذا حلفا يرد مثل الهالك ان كان مثلياً او قيمته ان كان قيمياً ولا تحالف ايضاً بعد هلاك بعض المبيع و خروجه عن ملك المشتري الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك اصلاً فحينئذٍ يتحالفان كذا في الدر المختار وحاشيته للطحطاوي وفي التكملة وان وقع الاختلاف بين ورثة البائع والمشتري او بين ورثة احدهما والحي فان كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالاجماع الا ان اليمين على الورثة على العلم وان كان بعد القبض فكذلك عند محمد وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري او ورثته بعد وفاته كما في شرح الطحطاوي واذا اختلف المشتري مع الوكيل بقبض الثمن لا يتحالفان اذ الوكيل بالقبض لا يحلف وان ملك الخصومة عند الامام فيدفع المشتري الثمن الذي اقر به له واذاحضر الموكل المباشر للعقد وطالبه بالزيادة يتحالفان حينئذٍ اه

﴿ المادة ١٧٨٣ ﴾ لا تحالف في دعوى الاجل. يعني في كون الثمن موٴجلاً او لا وفي شرط الخيار وفي قبض كل الثمن او بعضه بل يحلف المنكر في هذه الصور الثلاث

وذلك لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه فاشبه الاختلاف في الحط والابراء و بانعدامه لايختل به قوام العقد بخلاف الاختلاف في جنس الثمن او وصفه لان ذلك

يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل فانه ليس بوصف (تكملة) وكذا لو اختلفا في اشتراط رهن او كفيل بالثمن لا تحالف ايضاً والقول للمنكر كما في دعوى الاجل (تنوير) ولو اختلفا في مضي الاجل او عدمه فالقول للمشتري لانه حقه وهو ينكر استيفاء حقه والبينة له ايضاً (در منتقى)

ويستثنى من قولهم اذا اختلفا في الاجل فالقول لمنكره مسألتان الاولى اختلفا في اجل السلم بان ادعاه احدهما ونفاه الاخر فالقول فيه لمدعيه عند الامام لانه شرط وتركه مفسد واقدامهما يدل على الصحة فشهد الظاهر لمدعيه فكان القول قوله (طحطاوي) . الثانية اذا قال الكفيل كفلت المال عنه الى شهر وقال الطالب بل كفلته حالاً فالقول للكفيل (خانية)

انتهى

الكتاب السادس عشر

في القضاء ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

المقدمة

في بعض الاصطلاحات الفقهية

﴿المادة ١٧٨٤﴾ القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية

وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ومحاسنه لا تخفى عَلَى احد ولولا ذلك لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم والفساد والحاكم نائب الله تعالى في ارضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهي عن المنكر والقضاء بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات بعد الايمان بالله تعالى (مجمع الانهر)

﴿المادة ١٧٨٥﴾ الحاكم هو من عينه ونصبه السلطان لفصل وحسم الدعاوى والمخاصمات الواقعة بين الناس وفقاً لاحكامها المشروعة

﴿المادة ١٧٨٦﴾ الحكم هو قطع الحاكم وفصله المخاصمة وهو على قسمين القسم الاول هو الزام الحاكم المحكوم عليه بالمحكوم به كقوله حكمت او اعطِ الشيء المدعى به عليك ويقال له قضاء الالزام وقضاء الاستحقاق والقسم الثاني هو منع الحاكم المدعي من المنازعة كقوله ليس لك حق او انت ممنوع من المنازعة ويقال له قضاء الترك

والفرق بين القسمين على وجهين الاول ان المقضى عليه في حادثة قضاء استحقاق لا يصير فيها مقضياً له اما المقضي عليه في حادثة قضاء ترك فيمكنه ان يصير فيها مقضياً له اذا اثبت دعواه بالبينة . الثاني اذا ادعى رجل ثالث المال المحكوم به لاخر تسمع دعواه به في قضاء الترك ولا تسمع بعد قضاء الاستحقاق الا ان يدعي تلقي الملك من المقضي له (در منتقى وحموي)

ويقسم الحكم ايضاً الى قسمين آخرين قولي وفعلي فالقولي مثل الزمت وقضيت مثلاً وقوله ثبت عندي او ظهر عندي يكفي وكذا لو قال علمت فهذا كله حكم في المختار وحكى في التتمة الخلاف في الثبوت والفتوى على انه حكم كما في الخانية وغيرها ولكن عرف المتشرعين والموثقين الان على انه ليس بحكم ولهذا يقال ولما ثبت عنده حكم والوجه ان يقال ان وقع الثبوت على مقدمات الحكم كقول المسجل ثبت عنده جريان العين في ملك البائع الى حين البيع فليس بحكم اذا كان المقصود من الدعوى الحكم على البائع بملك المشتري للعين المبيعة والا فهو حكم واما الحكم الفعلي كشراء القاضي وبيعه مال اليتيم وقسمته العقار ونحو ذلك فجزم في التجنيس بانه حكم ورده في الفتح بان الاوجه أنه ليس بحكم لانتفاء شرطه اي الدعوى الصحيحة لكن لما كثر كلامهم كون فعل القاضي حكماً فالاولى ان يقال تصحيحاً لكلامهم ان الحكم القولي يحتاج الى الدعوى والفعلي لا كالقضاء الضمني لا يحتاج اليها وانما يحتاجها القصدي ويدخل الضمني تبعاً (رد محتار) قلت وظهر من هذا ان القضاء يقسم ايضاً الى قسمين اخرين قصدي وضمني فصارت اقسامه ستة ويأتي تمام الكلام على القضاء الضمني في شرح المادة ١٨٢٩

❋ المادة ١٧٨٧ ❋ المحكوم به هو الشيء الذي الزمه الحاكم المحكوم عليه وهو ايفاؤه حق المدعي في قضاء الالزام وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك

والمحكوم به اربعة اقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنا والخمر وحق العبد المحض وهو ظاهر وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف والسرقة او غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير وشرطه كونه معلوماً (بحر) وعن هذا فالحكم بالموجب لا يكفي ما لم يكن الموجب امراً واحداً كالحكم بموجب البيع او الطلاق او العتاق وهو ثبوت الملك والحرية وزوال العصمة فلو اكثر فان استلزم احدهما الاخر صح كالحكم على الكفيل بالدين فان موجبه الحكم عليه به وعلى الاصيل الغائب والا فلا (رد محتار)

❋ المادة ١٧٨٨ ❋ المحكوم عليه هو الذي حكم عليه

﴿ المادة ١٧٨٩ ﴾ المحكوم له هو الذي حكم له

والشرط فيه بالاجماع حضرته او حضرة نائب عنه كوكيل او وصي فالمحكوم له المحجور كالغائب (رد محتار) ويشترط ان تكون دعواه صحيحة واما طلبه الحكم من القاضي في حقوق العباد بعد وجود الشرائط فليس بشرط (طحطاوي)

﴿ المادة ١٧٩٠ ﴾ التحكيم هو اتخاذ الخصمين برضاهما حاكماً يفصل خصومتهما ودعواهما و يقال له حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة

وركن التحكيم لفظه الدال عليه مع قبول الاخر ذلك وشروطه من جهة المحكم بالكسر العقل ومن جهة المحكم بالفتح صلاحيته للقضاء وتشترط الاهلية المذكورة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً فلو حكما صبياً فبلغ ثم حكم لا ينفذ كما هو الحكم في مقلد (تنوير)

﴿ المادة ١٧٩١ ﴾ الوكيل المسخر هو الوكيل الذي اقامه الحاكم للمدعى عليه الذي لم يمكن احضاره الى المحكمة

الباب الاول

في الحكام و يحتوي على اربعة فصول

الفصل الاول

في اوصاف الحاكم

﴿ المادة ١٧٩٢ ﴾ ينبغي ان يكون الحاكم حكيماً فهيماً مستقيماً واميناً مكيناً متيناً

قال في التنوير و ينبغي ان يكون القاضي موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه والاجتهاد شرط الاولوية ولا يطلب القضاء بقلبه ولا يساله بلسانه ويختار الاقدر والاولى به ولا يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً

لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكره تحريماً التقلد لمن خاف الحيف اوالعجز والتقلد رخصة والترك عزيمة عند العامة ويحرم على غير الاهل الدخول فيه قطعاً اه وفي رد المحتار ويكون القاضي شديداً من غير عنف ليناً من غير ضعف لان القضاء من اهم امور المسلمين فكل من هو اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما يصيبه من الناس كان اولى اه وفي الهندية وينبغي للقاضي ان يتقي الله ويقضي بالحق ولا يقضي لهوى يضله ولا لرغبة تغيره ولا لرهبة تزجره بل يؤثر طاعة ربه ويعمل لمعاده طمعاً في جزيل ثوابه وهرباً من اليم عذابه فيتبع الحكمة وفصل الخطاب اه

﴿المادة ١٧٩٣﴾ ينبغي ان يكون الحاكم واقفاً على المسائل الفقهية وعلى اصول المحاكمة ومقتدراً على حسم الدعاوى الواقعة وفصلها وفقاً لتلك المسائل والاصول

ولكن لا يشترط ان يكون القاضي مجتهداً لان الاجتهاد شرط الاولوية كما قدمنا في شرح المادة السابقة ثم ان يظهر جلياً من نص هذه المادة انه لا يجوز تقليد الجاهل بل يلزم ان يكون المقلد عالماً بالمسائل الفقهية واقفاً عليها وهذا مؤيد لما قاله ابن الغرس من انه يجب اقله ان يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة وان يعرف طريق تحصيل الاحكام الشرعية من كتب المذهب ومن الاحاديث الشريفة من قلد انساناً عملاً وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

﴿المادة ١٧٩٤﴾ يلزم ان يكون الحاكم مقتدراً على التمييز التام بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الخصمين القوي

وكذا لا يجوز ايضاً قضاء الاخرس (در مختار) والحاصل انه يشترط في الحاكم العقل والبلوغ والبصر والسمع والنطق والسلامة عن حد القذف ولكن لا يشترط الذكورة والاجتهاد ويلزم اجتماع هذه الشروط في وقت التقليد والحكم (طحطاوي) حتى لو ولي رجل القضاء ثم ذهب بصره او سمعه او عقله صار معزولاً (هندية) وفيها ان العدالة ليست بشرط في جواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع لكن لا ينبغي ان يقلد الفاسق اه

الفصل الثاني

في آداب الحاكم

الادب هو التخلق بالاخلاق الجميلة والخصال الحميدة في معاشرة الناس ومعاملتهم وادب القاضي التزامه لما ندب اليه الشرع من بسط العدل ودفع الظلم وترك الميل والمحافظة على حدود الشرع والجري على سنن السنة (هندية)

✻ المادة ١٧٩٥ ✻ يلزم الحاكم اجتناب الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة في المجلس

ولا ينبغي للقاضي ان يستقرض الا من صديق او خليط له كان قبل ان يستقضي فلا يخاصم اليه ولا يتهمه انه يعين خصماً وكذلك الاستعارة ويتبع الجنازة ويعود المريض ولكن لا يطيل مكثه في ذلك المجلس ولا يمكن احداً من الخصوم يتكلم معه في ذلك المجلس بشيء من الخصومات وفي السقناقي وانما يعود المريض اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي ان يعوده · وفي البزازية ويأمر القاضي اعوانه بالرفق (هندية ملخصاً)

✻ المادة ١٧٩٦ ✻ القاضي لا يقبل هدية احد الخصمين ابداً

ظاهره انه يقبل هدية غيرهما ولكن في الهندية ولا يقبل القاضي هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته بمهاداته قبل القضاء لكن هذا اذا لم تكن للقريب او لمن جرت عادته بمهاداته خصومة وحاصل ذلك ان هدايا القاضي انواع هدية ممن له خصومة وليس له ان يقبلها مطلقاً وهدية ممن لا خصومة له وانها على نوعين اما ان تكون بينهما مهاداة قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة او لم تكن فان لم تكن لا ينبغي له ان يقبلها وان كانت بينهما مهاداة قبل القضاء فان اهداه بعد القضاء بمثل ما كان يهديه قبل القضاء فلا باس بان يقبلها وان كان اهداه زيادة على ما كان يهديه قبل القضاء فانه لا ياخذ الزيادة الا ان يكون مال المهدي قد ازداد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية فلا باس بقبولها لان اخذ الهدية يردها على صاحبها وان كان المهدي يتأذى بالرد يقبل ويعطيه مثل قيمة هديته اه

❊ المادة ١٧٩٧ ❊ الحاكم لا يذهب الى ضيافة احد من الخصمين قطعاً

اي سواء كان بين الخصم والقاضي قرابة او مباسطة قبل القضاء او لم يكن سواء كانت الدعوة عامة او خاصة والدعوة العامة هي التي يتخذها المضيف سواء حضر القاضي ام لا والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي (در مختار) ولكن هل يقبل القاضي الدعوة من غير الخصمين ظاهر المادة نعم وقال بعضهم لا وقال اخرون هي كالهدية وظاهر الفتح اعتماده (رد محتار) قلت وهذا كله في الدعوة الخاصة اما الدعوة العامة فلا باس للقاضي بقبولها كما في الملتقى والخانية وغيرهما وكما ان القاضي لا يقبل دعوة احد الخصمين لا يجوز له ان يضيفه هو ايضاً كما يفهم من المادة الاتية وبه صرح في الهندية حيث قال ولا يضيف القاضي احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه اه

❊ المادة ١٧٩٨ ❊ لا يجوز للحاكم ما دامت الدعوى عنده ان يبدو منه حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن كقبول احد الخصمين في داره والخلوة به في مجلس الحكم او الاشارة اليه بالعين او اليد او الراس او قوله له كلاماً خفياً او مخاطبته بلسان لا يفهمه الاخر

وكذا لا يضحك اليه ولا يمزح معه ولا يتلطف به ولا يلقنه حجته لان هذه الاشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر قلب الاخر (مجمع الانهر) ولا يرفع صوته عليه ولا يقوم له ولا يلقن الشاهد شهادته واستحسنه ابو يوسف فيما لا يستفيد به زيادة علم والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته (در مختار) وقال في الفتح وعن ابي يوسف لا باس به لمن استولته الحيرة او الهيبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة اما فيها بان ادعى المدعي الفاً وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق (رد محتار) ولو امر القاضي رجلين ليعلما الخصم الدعوى والخصومة فلا باس به خصوصاً على قول ابي يوسف (خانية) . وينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضي عليه و يبين

له وجه قضائه و يبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته انهُ جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء واذا امكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان اولى اه

❊ المادة ١٧٩٩ ❊ الحاكم مأمور بالعدل بين الخصمين فيلزمه من ثم ان يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كاجلاس الخصمين واحالة النظر و توجيه الخطاب اليهما ولو كان احدهما من الاشراف والاخر من عامة الناس

ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من جانب اليسار لان جانب اليمين افضل فيكون تقديماً له على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي فيه بين الاب والابن و بين الخليفة والرعية والمسلم والذمي (هندية)

الفصل الثالث

في وظائف الحاكم

❊ المادة ١٨٠٠ ❊ الحاكم وكيل من قبل السلطان في اجراء المحاكمة والحكم

ولكن لا ينعزل بوفاة السلطان كما في الوكيل (هندية) ثم انه وان كان الحاكم وكيلاً من قبل السلطان لا ينبغي ان يفهم من ذلك بانه لا تصح ولايته الا من السلطان فقد قال في الهندية عن المحيط واذا قال السلطان لوالي بلدة قلد من شئت صح وان جعل اميراً على بلدة وجعل خراجها له فاطلق له التصرف في الرعية على العموم كما تقتضيه الامارة فله ان يقلد وان يعزل اه

❊ المادة ١٨٠١ ❊ القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات

وذلك لان القاضي وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله فاذا خصص له تخصص واذا عمم تعمم (حامدية) والقضاء يقبل ايضاً التعليق بالشرط كقوله اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيها والاضافة كجعلتك قاضياً في راس الشهر (رد محتار) ويجوز تعليق عزل القاضي بالشرط ايضاً ولو قيد القاضي انابة نائبه في مسجد معين لا يكون للنائب ان يقضي في مسجد اخر (هندية)

فالحاكم المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلولها او بعد مرورها وكذلك الحاكم المنصوب للحكم في قضاء يحكم في جميع اطراف ذلك القضاء وليس له ان يحكم في قضاء آخر

وقاضي العسكر لا ولاية له على غير العسكر فلا ينفذ قضاؤه على غير العسكر الا اذا شرط ذلك عند التقليد واذا كان الرجل من اهل العسكر وهو يعمل في السوق ويحترف فهو من اهل العسكر (هندية)

والحاكم المنصوب ليحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر امر سلطاني بعدم سماع الدعوى المتعلقة بالشان الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها

وكذا لو ولى السلطان قاضياً وقال له جعلتك قاضياً الا في قضية فلان ولا تنظر في قضية كذا فانه يصح تقييده (رد محتار) ومن هذا القبيل منع السلطان قضاته عن سماع دعوى تركها المدعي خمس عشرة سنة بدون عذر

وعلى ذلك الان عدة مسائل ٠ الاولى: ليس للحكام بمقتضى النهي السلطاني ان يسجلوا وقف المديون فان فعلوا كان ذلك باطلاً سواء كان في صحة المديون او في مرض موته وللدائن ان يبطل من الوقف ما يكفي لوفاء دينه ٠ الثانية: منع الحكام بارادة سنية مؤرخة في ٢٧ جمادى الاخرى سنة ٣٢٠ من سماع دعوى بيع العقار وشرائه ما لم تجر المعاملة الرسمية في ادارة الدفتر الخاقاني ٠ الثالثة منعهم بارادة سنية رقم ٢٨ رجب سنة ٢٩١ من سماع دعوى الرهن وشرط الوفاء والاستغلال اذا لم تكن مربوطة

بسند الرابعة : منعهم بتاريخ ١٨ صفر سنة ٣٠٦ من سماع الدعوى بان فراغ الارض الاميرية كان بشرط النفقة على البائع اذا لم يكن الشرط مندرجاً في سند الطابو .
الخامسة: منعهم من سماع دعوى المواضعة والاسم المستعار في العقار المملوك والمسقفات والمستغلات الموقوفة

او كان الحاكم ماذوناً باستماع بعض الدعاوى المعينة دون غيرها فله ان يسمع الدعاوى المأذون بها فقط وان يحكم بها وليس له سماع ما عداها والحكم به. وكذلك لو صدر الامر السلطاني بالعمل برأي مجتهد في مسألة لان رأيه بالناس ارفق ولمصحة العصر اوفق فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر يخالف راي ذلك المجتهد واذا عمل لا ينفذ حكمه

وذلك لان امر السلطان متى صادف فصلاً مجتهداً فيه نفذ امره (در مختار) واذا لم يرجح السلطان قول احد المجتهدين فهل الخيار للقاضي فيه تفصيل اولاً يجب على القاضي ان يأخذ بقول ابي حنيفة على الاطلاق اي سواء كان معه احد صاحبيه او انفرد هو الاصح ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير الا اذا كان مجتهداً بل المقلد متى خالف معتمداً مذهبه لا ينفذ حكمه بل ينقض وهو المختار للفتوى (در مختار). ثانياً قد يعدل عن قول الامام الى قول صاحبيه في مواضع مخصوصة وهي فيما اذا كان الاختلاف بحسب تغير الزمان كالحكم بظاهر العدالة وفيما اجتمع المتأخرون عليه كالمزارعة والمعاملة (رد محتار) . ثالثاً ان الفتوى على قول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته (در مختار) ثم ان هذا كله اذا ذكرت اقوال الائمة في الكتب بدون ترجيح قول احدهم على الاخر اما اذا رجحوا احد الاقوال فانه يجب العمل بها ولهذا قالوا لا يعدل عن قول الامام الا اذا صرح احد من المشايخ بان الفتوى على قول غيره (خيرية) واذا كان كل من قول الامام وقول غيره مصححاً فيقدم قول الامام لانه لما تعارض التصحيحان تساقطا فرجعنا الى الاصل وهو تقديم قول الامام (رد محتار) اما علامات الترجيح فهي هذه وعليه الفتوى وبه يفتى و به ناخذ وعليه الاعتماد وعليه عمل اليوم وعليه عمل الامة وهو الصحيح والاصح او الاظهر او الاشبه او الاوجه او المختار وقال الرملي في فتاواه

و بعض الالفاظ آكد من بعض فلفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح والاصح والاشبه وغيرها ولفظ و به يفتى آكد من لفظ الفتوى عليه والاصح آكد من الصحيح والاحوط آكد من الاحتياط اه. رابعاً ان ما في المتون مقدم على ما في الشروح وما في الشروح مقدم على ما في الفتاوى لكن هذا عند التصريح بتصحيح كل من القولين او عدم التصريح اصلاً اما لو ذكرت مسالة في المتون ولم يصرحوا بتصحيحها بل صرحوا بتصحيح مقابلها فقد افاد العلامة قاسم ترجيح الثاني لانه تصحيح صريح وما في المتون تصحيح التزامي والتصحيح الصريح مقدم على التصريح الالتزامي اي التزام المتون ذكر ما هو الصحيح في المذهب . خامساً اذا ذكروا في المسألة قولين وعللوا لاحدهما دون الاخر كان التعليل ترجيحاً للمعلل (خيرية) سادساً لو كان احد القولين قياساً والاخر استحساناً فالعمل على الاستحسان الا في مسائل معدودة مشهورة . سابعاً يفتى بكل ما هو انفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه . ثامناً : اذا اختلفت الروايات والتصحيح وجب الفحص عن ظاهر الرواية والعمل بها لان مسائل الحنفية على اربع طبقات الاولى مسائل الاصول وتسمى ظاهر الرواية وهي مسائل مروية عن اصحاب المذهب وهم ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد يلحق بهم زفر والحسن بن زياد وغيرهما ممن اخذ عن الامام الاعظم وكتب ظاهر الرواية كتب محمد الستة وهي المبسوط والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير وانما سميت بظاهر الرواية لانها رويت عن محمد بروايات الثقات فهي ثابتة عنه اما متواترة او مشهورة عنه . الثانية مسائل النوادر وهي مروية عن اصحاب المذهب المذكورين لكن لا في الكتب المذكورة بل اما في كتب اخر لمحمد كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات وانما قيل لها غير ظاهر الرواية لانها لم تروَ عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الاولى . واما في كتب غير كتب محمد كالمحرر للحسن بن زياد وكتب الامالي المروية عن ابي يوسف . الثالثة الواقعات وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها ولم يجدوا فيها رواية وهم اصحاب ابي يوسف ومحمد واصحاب اصحابهما (رد محتار ملخصاً)

❋ المادة ١٨٠٢ ❋ ليس لاحد الحاكمين المنصوبين لاستماع دعوى ان يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها واذا فعل لا ينفذ حكمه راجع المادة ١٥٦٥

لكن لو قلدهما على ان ينفرد كل منهما بالقضاء فحكم احدهما جاز (جامع الفصولين)

﴿المادة ١٨٠٣﴾ اذا طلب احد الخصمين في البلدة التي تعدد حكامها المرافعة في حضور حاكم وطلب الآخر المرافعة في حضور حاكم آخر ووقع الاختلاف بينهما على هذا الوجه يرجح الحاكم الذي اختاره المدعى عليه

فلو كان المدعي من اهالي البلد والمدعى عليه من اهل العسكر ترى الدعوى عند قاضي العسكر ولو كان لا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي (جامع الفصولين) وكذا اذا تعدد القضاة من المذاهب الاربعة كما في القاهرة فاراد المدعي قاضياً شافعياً مثلاً واراد المدعى عليه قاضياً مالكياً ولم يكونا من محلتهما فالخيار للمدعى عليه (انقروي عن البحر) وذلك لان المدعى عليه دافع لدعوى المدعي والدافع يطلب سلامة نفسه والاصل براءة ذمته فاخذه الى من ياباه لريبة ثبتت عنده وتهمة وقعت له ربما يوقعه في اثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته بالنظر اليه واعتباره اولى لانه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد ان يوجب عليه الاخذ بالمطالبة ومن طلب السلامة اولى بالنظر ممن طلب ضدها (تكملة)

﴿المادة ١٨٠٤﴾ اذا عزل حاكم ولعدم وصول خبر العزل اليه مدة كان قد استمع وفصل بعض الدعاوى في تلك المدة يكون حكمه صحيحاً ولكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل اليه

اي ان القاضي اذا عزله السلطان لا ينعزل ما لم يصل اليه خبر العزل وهو نظير الوكيل لا ينعزل قبل وصول الخبر اليه وهذا اذا حصل العزل مطلقاً فاما اذا حصل العزل معلقاً بشرط وصول الكتاب اليه لا ينعزل ما لم يصل اليه الكتاب علم بالعزل قبل وصول الكتاب اليه او لم يعلم (هندية)

﴿المادة ١٨٠٥﴾ للحاكم ان ينصب النائب ويعزله ان كان ماذوناً بذلك والا فلا

والاذن اما صراحة واما دلالة فالصريح كولِّ من شئت واعزل من شئت والدلالة كقوله جعلتك قاضي القضاة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً (در مختار)

ولا ينعزل نائبه بعزله او وفاته راجع المادة ١٤٦٦ · بناء عليه اذا توفي حاكم قضاء فلنائبه ان يستمع الدعاوى التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان ياتي حاكم غيره

وانما لا ينعزل النائب بوفاة القاضي او بعزله لانه وكيل عن الاصل وهو السلطان وليس هو بنائب عن القاضي (تنوير) وفي رد المحتار لا ينعزل النائب ايضاً بموت السلطان اه· وفي الخانية القاضي اذا لم يكن ماذونا بالاستخلاف فاستخلف فحكم الخليفة في مجلس القاضي بين يديه جاز · ولو حكم في غيبته فرفع قضاؤه الى القاضي فاجازه نفذ قضاؤه عندنا اه · وقيده في الدر المختار بان يكون الخليفة اهلاً للقضاء

﴿المادة ١٨٠٦﴾ للنائب ان يحكم بالبينة التي سمعها الحاكم وللحاكم ايضاً ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه ومن ثم لو سمع الحاكم البينة في دعوى واخبر بها نائبه كان لنائبه ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة و كذا اذا كان النائب ماذونا بالحكم فسمع البينة في دعوى وانهى الامر الى الحاكم كان للحاكم ايضاً ان يحكم بدون اعادة البينة اما اذا لم يكن النائب ماذوناً بالحكم بل كان ماموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للحاكم ان يحكم بانهائه بل يلزمه ان يستمع البينة بالذات

وكذا لو امر القاضي رجلاً ليسمع الدعوى والشهادة في حادثة ويسال عن الشهود ويسمع الاقرار وكان القاضي ماذونا له بالاستخلاف فكتب النائب الى القاضي بان المدعى عليه اقر عنده بكذا فلا يقضي القاضي بذلك الاقرار لانه لم يسمعه ما لم يشهد الخليفة مع اخر عند القاضي على اقرار المدعى عليه (خانية)وكذا لو سمع القاضي الدعوى والشهادة وزكى الشهود ثم عزل قبل الحكم فليس لخلفه ان يحكم بتلك البينة بل يلزمه ان يسمع الدعوى والبينة بنفسه حتى لو اعيد القاضي المعزول الى القضاء فليس له ايضاً ان يحكم بتلك البينة بل لا بد من اعادتها لان امرها الاول انتهى بالعزل (حيدر افندي عن الولوالجية)

﴿المادة ١٨٠٧﴾ للحاكم في قضاء ان يسمع دعوى الاراضي التي هي في قضاء اخر ولكن يلزم بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعوى

ويشترط ايضاً ان يكون المدعى عليه موجوداً في ولاية ذلك الحاكم ولو بطريق السفر لان الحاكم المعين لقضاء لم يقيد بالحكم بين سكانه فقط بل له حق القضاء على كل من وجد تحت ولايته ولو اتفاقاً

فائدة : اذا نصب القاضي وصياً في تركة الايتام والايتام في ولايته ولم تكن التركة في ولايته او كانت التركة في ولايته ولم يكن الايتام في ولايته او كان بعض التركة في ولايته ولم يكن البعض الاخر فيها قال شمس الائمة يصح النصب على كل حال و يصير الوصي وصياً في جميع التركة اينما كانت·واذا نصب القاضي متولياً في وقف ولم يكن الوقف والموقوف عليه في ولايته حكي عن شمس الائمة الحلواني انه اذا وقعت المطالبة في مجلسه صح النصب وقال القاضي ركن الاسلام علي السعدي انه لا يصح فان كان الموقوف عليهم في ولايته فان كانوا طلبة العلم او اهل قرية او اناساً معدودين او كان خاناً او رباطاً او مسجداً ولم تكن الضيعة الموقوفة في ولايته فنصب متولياً قال شمس الائمة يصح و يعتبر التظالم والمرافعة وقال ركن الاسلام ان كان المقضي عليه حاضراً صح النصب والا فلا (هندية) ·

﴿المادة ١٨٠٨﴾ يشترط ان لا يكون المحكوم له من اصول الحاكم وفروعه وان لا يكون زوجته او شريكه في المال الذي سيحكم به واجيره الخاص وممن يتعيش بنفقته· بناءعليه ليس للحاكم ان يسمع دعوى واحد من هولاء و يحكم له

لانه يشترط في القضاء ما يشترط في الشهادة فمن ردت شهادته رد قضاؤه· وفي الهندية ولو مات رجل واوصى للقاضي بثلث ماله لم يجز قضاء القاضي للميت بشيء من الاشياء، وكذلك اذا كان القاضي احد ورثة الميت لا يقضي للميت بشيء و كذلك اذا كان الموصى له ابن القاضي او امرأته او غيرهما ممن لا تقبل شهادته لهم و كذلك لو كان

القاضي و كيل الوصي في ميراث الميت لان القضاء يقع له من حيث الظاهر وكذلك لو كان للقاضي على الميت دين لا يجوز قضاؤه للميت بشي واذا وكل احد الخصمين بعض من لا تقبل شهادة القاضي له لا يجوز له ان يقضي للوكيل على خصمه لان القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر وقال في الجامع الكبير اذا مات رجل وله ديون على الناس بعضها على القاضي و بعضها على من لا تقبل شهادته له كامراته وابنه فادعى رجل عند هذا القاضي ان الميت اوصى اليه فهنا ثلاث مسائل احداها هذه والحكم فيها ان القاضي اذا قضى بوصايته صح استحسانا حتى لو قضى بعض من سميناا الدين الى هذا الوصي يبرأ ولكن لو ان القاضي لم يقض له بالوصاية حتى قضى هو او بعض من سمينا الدين ثم قضى له بوصايته لا يصح قضاؤه حتى كان للورثة مطالبته بالدين والمسألة الثانية لو كان مكان دعوى الوصاية دعوى نسب بان جاء رجل وادعى انه ابن الميت واقام على ذلك بينة فقضى القاضي بنسبه ان كان القضاء بعد قضاء الدين الى الابن لا ينفذ وان كان قبله ينفذ والمسألة الثالثة اذا كان مكان دعوى الوصاية والنسب دعوى وكالة بان غاب رب الدين فجاء رجل واقام بينة ان رب الدين وكله بقبض الدين الذي له على القاضي او على من سميناه من قرابته فقضى القاضي بوكالته لا يجوز سواء كان القضاء قبل دفع الدين او بعده اه وفي رد المحتار عن الشرنبلالي وللقاضي ان يقضي لأم زوجته بالمال وغيره حال حياة زوجته و بعد موت الزوجة يصح فيما لم يكن ميراثاً عن زوجته ولا يصح في الموروث لاستحقاق القاضي حصة منه بالميراث من زوجته ثم ان هذا مخصوص بما اذا كانت ام زوجته حية والا اذا كان قضاء لزوجته فيما ترث منها وقضاؤه لزوجة ابيه كذلك في حياة الاب يصح مطلقاً و بعد موته يصح بما لا يرث منه القاضي كما اذا ادعت استحقاقها في وقف يخصها ولو وقف على علماء كذا وسلم للمتولي ثم ادعى فساد الوقف بسبب الشيوع عند قاض هو من اولئك العلماء نفذ قضاؤه و كذلك له ان يقضي فيما هو تحت نظره من الاوقاف اه

ثم انه يوجد شرط آخر لصحة القضاء وهو ان لا يكون بين القاضي والمقضي عليه عداوة دنيوية (تنوير) وخالفه في الوهبانية وقال في رد المحتار من يقول بشهادة العدو العدل يقول بصحة قضائه ومن لا فلا اه قلت وحيث اختارت المجلة عدم قبول شهادة العدو بسبب الدنيا مطلقاً كما مر في المادة ١٧٠٢ كان المعتمد عدم صحة قضاء القاضي على عدوه وان كان عدلاً فتنبه

﴿ المادة ١٨٠٩ ﴾ اذا كان لرجل دعوى مع حاكم بلدته او مع احد المنتسبين له ممن ذكروا في المادة السابقة فان كان في تلك البلدة حاكم غيره تحاكما اليه وان لم يكن في تلك البلدة حاكم غيره ترافعا في حضور حكم ينصبانه برضاهما او في حضور نائب ذلك الحاكم ان كان مأذونًا بنصب النائب

يظهر من هذا انه يصح قضاء النائب للحاكم الذي استخلفه، وبه صرح في التنوير حيث قال قضى نائب القاضي له او لولده جاز كما لو قضى للامام الذي قلده القضاء او لولد الامام اه وكذلك قاضي القضاة لو خاصم الى قاض ولاه فقضى له او عليه جاز (هندية)

او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم فان لم يرضَ الخصمان باحدى هذه الصور استدعيا مولى من قبل السلطان

يوهم ظاهر النص انه يشترط اتفاق الخصمين في جميع هذه الصور والحال ان رضاهما لا يشترط الا في الوجهين الثاني والرابع اما في الاول والثالث فلا لان ولاية نائب الحاكم والحاكم الآخر الذي في البلدة جبرية على الخصمين كما هو ظاهر

﴿ المادة ١٨١٠ ﴾ ينبغي للحاكم ان يراعي قاعدة الاقدم فالاقدم في رؤية الدعوى ولكن اذا كان تعجيل دعوى تاخر ورودها مما تقتضيه الحال والمصلحة فيقدم رؤيتها

كما لو كانت الدعوى لغريب او مسافر مثلاً فانه يقدمه على غيره ولو كان ورود دعواه مؤخرًا. قال في الهندية والاولى ان يبعث القاضي امينًا الى موضع جلوسه قبل مجيه فيحفظ من جاء اولاً فاولا فيقدمهم على ذلك ولا يقدم واحدًا على من جاء قبله لفضل منزلته او سلطته وان رأى ان يبدأ بالغرباء فعل وان كانت فيهم كثرة بحيث يشغلونه عن اهل المصر قدمهم على منازلهم مع الناس ويقدم النساء على حدة والرجال على حدة وان جعل للنساء يومًا على حدة فهو استر لهن اه

﴿ المادة ١٨١١ ﴾ للحاكم ان يستفتي غيره عند الحاجة

واذا اختلف مفتيان في جواب حادثة اخذ بقول افقهما بعد ان يكون اورعهما (تنوير) واذا اشكل عليه امر شاور العلماء ونظر احسن اقاويلهم وقضى بما رآه صوابًا لا بغيره الا ان يكون غيره اقوى في الفقه ووجوه الاجتهاد فيجوز ترك رأيه برأيه وان لم يكن مجتهداً فعليه تقليدهم واتباع رأيهم فاذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه (در مختار)

❊ المادة ١٨١٢ ❊ ينبغي للحاكم ان لا يتصدى للحكم اذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكر كالغم والغصة والجوع وغلبة النوم

ويكره ايضاً ان يقضي بين الناس وهو غضبان ولا يقضي ايضاً حال شغل قلبه بفرح او برد او حر شديد ولا ينبغي ان يجلس للقضاء وهو ضجر او كظيظ من الطعام فان عرض له هم او غضب او نعاس كف حتى يذهب ذلك عنه فيكون جلوسه عند اعتدال امره ويجعل سمعه وبصره وفهمه وقلبه الى الخصوم غير معجل لهم ولا يخوفهم فان الخوف يقطع حجة الرجل ولا ينبغي ان يتعب نفسه في طول المجلس ولكن يجلس في طرفي النهار او ما اطاق (هندية)

❊ المادة ١٨١٣ ❊ يلزم الحاكم ان يدقق في اجراء المرافعات وان لا يوقع الامور في عقدة التاخير

❊ المادة ١٨١٤ ❊ يضع الحاكم في المحكمة دفتراً للسجلات ويقيد ويسطر في ذلك الدفتر الاعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة من الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر واذا عزل سلم السجلات المذكورة الى خلفه اما بنفسه او بواسطة امينه

الفصل الرابع

فيما يتعلق بصورة المحاكمة

﴿ المادة ١٨١٥ ﴾ يجري الحاكم المحاكمة علناً ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم

حتى لو كان القضاء مفوضاً الى رجلين فارادا المذاكرة في الدعوى فلا يجوز لهما ذلك امام الخصمين قال في البدائع ومن اداب القاضي ان يجلس معه جماعة من اهل العلم يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يحتاج اليه ولا ينبغي ان يشاورهم بحضرة الناس لان ذلك يذهب مهابة المجلس والناس يتهمونه بالجهل لكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم اه ملخصاً

﴿ المادة ١٨١٦ ﴾ اذا اتى الخصمان الى حضور الحاكم لاجل المحاكمة يأمر المدعي اولاً بتقرير دعواه وان كانت دعواه قد ضبطت خطاً قبل الحضور تقرأ فيصدق المدعي مضمونها ثم يطلب جواب المدعى عليه ثانياً فيسأله بقوله ان المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فما تقول انت

وانما يطلب القاضي الجواب من المدعي عليه اذا كانت دعوى المدعي صدرت صحيحة اي اذا كان مرعياً فيها ما قدمناه من شروط صحة الدعوى اما اذا لم تصدر صحيحة فلا يطلب جواب المدعى عليه (تنوير)لعدم الباعث على الجواب (طحطاوي) بل يكلف المدعي تصحيح دعواه

﴿ المادة ١٨١٧ ﴾ اذا اقر المدعى عليه الزمه الحاكم باقراره

لان الاقرار حجة ملزمة كما مر في المادة ٧٩ ولا حاجة حينئذٍ الى طلب البينة من المدعي لانها لا تقام الا على منكر حتى لو انكر المدعى عليه ثم اقر بعد اقامة البينة من المدعي فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة (هندية)ثم اعلم ان الاقرار لا يجامع البينة الا في تسعة مواضع الاول اذا اقر احد الورثة بالدين على الميت فاراد الدائن اقامة البينة ليتعدى الحكم عَلَى بقية الورثة له ذلك وكذا اذا اقر جميع الورثة بالدين تقبل ايضاً بينة الدائن لانه يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق دائن آخر . الثاني في

دعوى الوكالة بقبض الدين وصورتها ادعى انه وكيل فلان بقبض دينه من فلان فصدقه المديون ثم اراد الوكيل اقامة البينة له ذلك اذ لو دفع الدين الى الوكيل بلا بينة يتضرر لانه لا تبرأ ذمته اذا انكر الموكل الوكالة . الثالث في دعوى الوصاية وصورتها ادعى انه وصي فلان الميت وان للميت عَلَى هذا الرجل كذا فصدقه المدعى عليه فالقاضي لا يثبت وصايته باقراره حتى يقيم البينة عليها لانه اذا دفع اليه المال اعتماداً عَلَى الاقرار فقط لا تبرأ ذمته من الدين اذا انكر الوارث اما لو دفع بعد البرهان تبرأ ذمته . الرابع في الاستحقاق تقبل البينة به مع اقرار المشتري ليتمكن من الرجوع على بائعه لانه اذا اقر بالملك للمستحق لا يتمكن من الرجوع ولكن اذا اقيمت عليه البينة امكنه ذلك . الخامس فيما لو خوصم الاب بحق عن الصبي فاقر لا يخرج عن الخصومة ولكن تقام البينة عليه مع اقراره بخلاف الوصي وامين القاضي اذا اقر خرج عن الخصومة . السادس فيما لو اقر الوارث للموصى له فان البينة تسمع عليه مع اقراره . السابع فيما لو اجر دابة بعينها من رجل ثم من رجل اخر فاقام الاول البينة فان كان المؤجر حاضراً تقبل عليه البينة وان كان يقر بما يدعي (تكملة ملخصاً) . الثامن لو اقر المديون المحجور تقام البينة عليه من الدائن لعدم صحة اقراره راجع المادة ١٥٧٦ . التاسع اذا ادعى عقاراً في يد آخر ملكاً مطلقاً يجب اقامة البينة على وضع اليد وان كان ذو اليد مقراً به راجع المادة ١٧٥٤

وان انكر طلب البينة من المدعي

ولكن ينبغي قبل ذلك ان يكتب انكاره و يجب ان يكتبه بلفظه ولا يحوله الى لسان العربية الا اذا امكن ان يحول من غير زيادة ولا نقصان ومن غير ان يدخل فيه كلمة مبهمة مشتركة فان الجحود يختلف حكمه باختلاف انواعه فان المودع اذا جحد الايداع اصلاً ثم ادعى الرد او الهلاك لا تسمع دعواه ولو قال ليس عليَّ تسليم ما ادعيت ولا قيمتها ثم ادعى الهلاك او الرد تسمع دعواه ولهذا ينبغي ان يكتب عبارته بلسانه من غير زيادة ولا نقصان حتى يبني عليه حكمه (هندية) وفيها اذا احضر المدعي شهوده يكتب الكاتب لفظ شهادتهم من غير زيادة ولا نقصان ولا يجوز الاكتفاء بالقول انهم شهدوا شهادة موافقة للدعوى بل ينبغي ان تذكر الفاظ الشهادة لان القاضي ربما ظن ان بين الدعوى والشهادة موافقة ولا يكون بينهما موافقة في الحقيقة اه

﴿ المادة ١٨١٨ ﴾ اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة حكم الحاكم بذلك

اي بعد ان يزكي الشهود سراً وعلناً كما مر في المادة ١٧١٦ واذا طلب المدعى عليه بعد ذلك تحليف المدعي انه محق في دعواه لا يجيبه القاضي (تنوير)

وان لم يثبت يبقى له حق اليمين فان طلبه كلف الحاكم المدعى عليه اليمين

وان لم يطلبه المدعي لا يكلفه اليمين لانه لا بد من ان المدعي يطلب اليمين في جميع الدعاوى (در مختار) ولكن يجب على الحاكم متى وجبت اليمين ان يسال المدعي هل يريد تحليف خصمه ام لا فان لم يفعل نقض الحكم وبذلك قرارات عديدة من محكمة التمييز منها قرار مؤرخ في ٢٣ تموز ٣٠٤ مؤداه اذا عجز وكيل الخزينة عن اثبات دعواه فيجب ان يسال عما اذا كان يريد تحليف خصمه اليمين ام لا اذ لكل مدعٍ ان يطلب يمين خصمه كما في المادتين ١٧٤٢ من المجلة و٩٢ من قانون المحاكمة الحقوقية فان طلب هذا الوكيل يمين الخصم فعند ذلك يحلف (ج٠م عد ٧٣٩) وفي نص المادة اشعار بانه لا يجوز توجيه اليمين على المدعى عليه الا ان يظهر عجز المدعي عن اقامة البينة وهو الواقع لان الشرع اوجب اليمين عند عدم الاثبات ولانه جعل اليمين خلفاً عن البينة ولا يمكن ان يصار الى الخلف ما دام اصله موجوداً ولكنهم اجمعوا على تكليف المدعى عليه اليمين اذا كان شهود المدعي غائبين مسافة سفر بعيد (مجمع الانهر) وفي الدر المختار لو اصطلح الخصمان ان المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال المدعى به وحلف المدعي لم يضمن الخصم لان فيه تغيير الشرع واليمين لا ترد على مدعٍ اه

﴿ المادة ١٨١٩ ﴾ فان حلف المدعى عليه او لم يحلفه المدعي منع الحاكم المدعي من المعارضة للمدعى عليه

﴿ المادة ١٨٢٠ ﴾ اذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم الحاكم بنكوله واذا اراد بعد ذلك ان يحلف لا يلتفت الى قوله

ويقضى عليه بالنكول اذا نكل مرةً واحدة بشرط ان يكون نكوله في مجلس القاضي ولكن عرض اليمين ثلاثاً ثم القضاء احوط وقد استوفينا الكلام على ذلك في شرح المادة ١٧٥١ فراجعه اما لو اراد ان يحلف قبل الحكم بنكوله فله ذلك لان يمينه في هذه الصورة لا يقتضي نقض القضاء (درر) ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٢٤

اغستوس ٣٠٩ مؤداه انه لا يجوز اسناد الحكم الى الاقرار والنكول معاً بل الى احدهما فقط اذ لا يجوز ان يجمع في مادة واحدة بين هذه الاسباب الحكميه المتناقضة (ج ٠م٠ عد ٧٤٠)

❊ المادة ١٨٢١ ❊ ان الاعلام والسند الصادرين من حاكم محكمة يجوز الحكم والعمل بمضمونهما بلا بينة اذا كانا عاريين وسالمين من شبهة التزوير والتصنيع وموافقين لاصولهما

بتاريخ ٤ جمادى الاولى سنة ١٢٩٦ وضعت تعليمات سنية لتنظيم الاعلامات والسندات الشرعية فما نظم على صورة مخالفة لاحكام هذه التعليمات لا يعمل به ولا يجوز الحكم بمضمونه حتى ان جمعية المجلة الملغاة قررت ان الاعلامات والسندات الشرعية المنظمة قبل تاريخ تلك التعليمات لا يعمل بمضمونها مالم يثبت بالبينة وقد اوجبت الفتواخانة على النواب التقيد بكل دقة بقرار جمعية المجلة المار ذكره (جريدة علمية عد ١)ولمحكمة التمييز عدة قرارات مؤداها ان الحجج والاعلامات الشرعية اذا كانت قد نظمت قبل قبل نشر تلك التعليمات السنية لا يعمل بها بلا بينة ولا يجوز اتخاذها مداراً للاثبات لانها لا تعد من الوثائق الشرعية وان كانت قد نظمت بعد التعليمات المذكورة فلا يعمل بها ما لم يتحقق انها موافقة لهذه التعليمات وانه قد تصادق عليها من الفتواخانه (ج ٠ م ٠ عد ٧٠٧ و٧١٢ و ٧٤٦ و٧٨٥ و٧٨٩ و ٨١٧ و ٨٥٨ و ٨٧١ و٩٢١ و٩٤٢ و١٠٠٣

❊ المادة ١٨٢٢ ❊ اذا اصر المدعى عليه على سكوته عند الاستفهام كما ذكر انفاً ولم يقل لا ولا نعم يعد سكوته انكاراً وكذلك لو اجاب بقوله لا اقر ولا انكر يعد جوابه هذا انكاراً ايضاً وتطلب البينة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفاً

وهذا اذا كان سكوته بلا عذر اما لو كان له عذر بان كان فيه صمم فلا يعد سكوته انكاراً

❊ المادة ١٨٢٣ ❊ لو اتى المدعى عليه عوضاً عن الاقرار او الانكار

بدعوى تدفع دعوى المدعي يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتابي الدعوى والبينات

﴿ المادة ١٨٢٤ ﴾ ليس لاحد الخصمين ان يتصدى لتقارير خصمه ما لم تكمل وان تصدى لها منعه الحاكم

﴿ المادة ١٨٢٥ ﴾ يضع الحاكم في المحكمة ترجماناً اميناً وموثوقاً به ليترجم كلام من لا يعرف اللسان الرسمي من الخصمين

مفاده انه يكفي الترجمان الواحد و به صرح في الهندية ولكن الاثنان احوط والمرأة الواحدة اذا كانت ثقة حرة جازت ترجمتها عندابي حنيفة وابي يوسف كالرجل وهذافي الاموال وما تجوز شهادتها فيه اما في ما لا تجوز شهادتها فيه فلا يجور ترجمتها فيه (هندية)

﴿ المادة ١٨٢٦ ﴾ يشير الحاكم على الخصمين و يوصيهما مرة او مرتين في الخصومة الواقعة بين الاقرباء او المامول فيها رغبة الجانبين في الصلح فان وافقا صالحهما عَلَى وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح والا اتم المحاكمة

يظهر من هذه المادة امران احدهما ان القاضي يوصي بالصلح سواء كانت الدعوى بين الاقارب او الاجانب · الثاني انه لا يوصي به الا مرة او مرتين فقط ولا ينبغي ان يؤخر الحكم بسبب طمعه في المصالحة زمانا طو يلاً و به صرح في الهندية

﴿ المادة ١٨٢٧ ﴾ اذا اتم الحاكم المحاكمة حكم بمقتضاها وعرف الخصمين ذلك الحكم ونظم اعلاماً حاوياً للحكم والبينة مع الاسباب الموجبة له واعطاه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطى المحكوم عليه ايضاً نسخة عنه

و ينبغي ان يكون الحكم باتًا قاطعاً للمنازعة فلا يجوز فيه الترديد بين وجهين فا كثر وعلى هذا لو ادعى على اخر انه غصب منه كذا شاة وطلب ردها ان كانت قائمة وان هالكة فقيمتها وحكمت له المحكمة بهذه الصورة المترددة فالحكم ينقض اذ يلزم في هذه

الصورة أن يكلف المدعي تصحيح دعواه بمقتضى احكام المجلة فان ادعى ان الشياه قائمة فترسل المحكمة نائباً ليشير المدعي امامهُ الى المدعى به و يعينه وعند ذلك يحكم بردها عيناً وان قال المدعي ان الشياه هالكة فعند ذلك يحكم بقيمتها التي تثبت في المحاكمة . و بذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٢٦ تشرين الاول ٣٠٩ (ج . م . عد ٨٧٦)

﴿ المادة ١٨٢٨ ﴾ لا يجوز للحاكم تأخير الحكم اذا توفرت اسبابه وشروطه بتمامها

الا في ثلاث رجاء الصلح بين الاقارب واذا استمهل المدعي واذا كان عند القاضي ريبة (اشباه)

الباب الثاني

في الحكم ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في شروط الحكم

﴿ المادة ١٨٢٩ ﴾ يشترط في الحكم سبق دعوى اي انه يشترط لكي يحكم الحاكم بامر متعلق بحقوق الناس ان يدعيه واحد على آخر في اول الامر فلا يصح الحكم الواقع بدون سبق دعوى

صحيحة على خصم شرعي وعلى ذلك لو ادعى احد الورثة بحق لمورثه فلا يجوز ان يحكم الا بنصيبه فقط فان حكم لجميع الورثة فالحكم ينقض و بذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٢ ذي الحجة ٣٠٠ (ج . م . عد ٢٨١) وكذا اذا ادعى ديناً بدل اجرة دار عن مدة معلومة فلا يجوز ان يحكم له باجرة المدة التي مضت في اثناء المحاكمة اذا كان لم يدع بها خطاً ولا شفاهاً و بذلك قرار من المحكمة المشار اليها مؤرخ في ١٥ حزيران ٣١٢ (ج . م . عد ٩٢٣) ثم لا بد في ذلك من الخصومة الشرعية حتى اذا كان القاضي يعلم ان باطن الامر ليس كظاهره وان لا تخاصم ولا تنازع

في نفس الامر بين المتداعيين ليس له مساغ هذه الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها واذا لم يعلم عذر ونُفذ قضاؤه (رد محتار) وقال بعضهم ان الحكم نافذ مطلقاً وفي زماننا يثبت هلال رمضان والعيدين والوراثة من ضمن دعوى مصنعة . قالت الفتواخانه : لما كانت المسالة مختلف فيها كان الحاكم مخيراً في الاخذ باحد القولين فان كان القصد اثبات النسب بشهود كذبة واخذ تركة الميت كان عليه ان يرد الدعوى وان كان القصد جهة مشروعة كقبض ديون الميت وهو وارثه الحقيقي فيرى الدعوى ويفصلها وفقاً للقول الثاني وتكليف المدعي تعيين مقصده يضع حداً للتجاسر على ابتزاز الاموال باثبات الوراثة خلافاً للواقع (جريدة علمية عدد ١٦) ثم اعلم ان اشتراط تقدم الدعوى لصحة الحكم انما هو في حقوق العباد كما قيدوه في هذه المادة بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب اقامتها على كل واحد فكل واحد خصم فكأن الدعوى موجودة (در مختار) وعليه يصح الحكم بالوقف بدون دعوى (رد محتار) واشتراط تقدم الدعوى مقيد ايضاً بالقضاء القصدي القولي دون الضمني والفعلي قال في الاشباه القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة فاذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم ابيه وجده وقضي بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمناً وان لم يكن في حادثة النسب دعوى اه ومن ذلك المسائل الآتية في المادة الآتية التي يعد فيها الحكم على الحاضر حكماً على الغائب

❊ المادة ١٨٣٠ ❊ يشترط حضور الخصمين حين الحكم . يعني انه يلزم بعد المحاكمة مواجهة حضور الخصمين مجلس الحكم عند صدوره

لانه لا يجوز للقاضي ان يقضي عَلَى غائب ولا له الا بحضور نائبه حقيقة كوكيله ووصيه ومتولي الوقف او نائبه شرعاً كوصي نصبه القاضي او حكماً بان يكون ما يدعى على الغائب سبباً لا محالة لما يدعى على الحاضر كما اذا برهن على ذي اليد انه اشترى الدار من فلان الغائب فحكم الحاكم على ذي اليد كان ذلك حكماً عَلَى الغائب ايضاً (تنوير) حتى لو حضر وانكر لم يعتبر لان الشراء من المالك سبب الملكية لا محالة (در مختار) وله صور كثيرة منها ادعى الشفعة في دار هي في يد رجل وقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو تملكها وان المدعي شفيعها يقضي بالشراء في حق ذي

اليد والغائب جميعاً (هندية) ومنها لو اقام البينة انه ابن عم الميت فلان وان الميت
فلان بن فلان يجتمعان الى اب واحدٍ وانه وارثه قضي بالميراث والنسب على الغائب
ومنها لو قال لرجل ما بايعت فلاناً فعلي فاقام الرجل البينة عَلَى الضامن انه باع فلاناً
عبده بالف قضي بالثمن على المشتري و بلزومه عَلَى الكفيل . ومنها لو قال لرجل عليّ
الف فاقضها فاقام المأمور بينة انه قضاها يقضى بقبض الغائب والرجوع عَلَى الآمر
ومنها لو قال لغيره العبد الذي في يدي لفلان فاشترِهِ لي وانقد الثمن واقام المامور
بينة انه فعل ذلك قضي بالشراء من فلان و بلزوم الثمن عَلَى الآمر . ومنها لو قال
لرجل اضمن لهذا ما داينني فضمن ثم اقام بينة ان فلاناً داينك كذا واني قضيته عنك
قضي بالقضاء على الغائب و بالدين على الحاضر . ومنها الكفيل بامر اقام البينة على
الاصيل انه اوفى الطالب قضي بالايفاء للطالب و بلزوم مثله على الاصيل . ومنها لو
اقام بينة على رجل انه كان لفلان عليك الف احلته بها عليّ واديتها اليه قضي بالايفاء
لفلان وبلزومِ مثلها على المحيل . ومنها لو طالبَ البائع المشتري بالثمن فاقام هو بينة
انه احاله بالثمن عَلَى فلان قضي على فلان بتوجه المال و ببرأ المشتري من الثمن . ومنها
لو اقام البينة على رجل في يده دار انها له فاقام ذو اليد البينة ان فلاناً وهبها له وسلم
او اودع او باع قضي بالهبة وما معها على الغائب وعلى الحاضر بالمنع . ومنها لو اقام ذو
اليد بينة ان المدعي باعها من فلان وقبضها تبطل بينة المدعي و يلزم الشراء الغائب
ومنها لو قال ذو اليد اودعنيه فلان الغائب فطلب تحليفه به فنكل فقضي عليه نفذ
عَلَى فلان الغائب والزم الحاضر الدفع اه والكل من حاشية الطحطاوي . ومنها
اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره يقضى على الغائب والحاضر
لانها كالمعاوضة ولو لم يقل بامره لا يقضى على الغائب (تنوير) ومنها لو اقام بينة انه
كفل له بكل ماله على فلان وان له عليه الفاً تحققت قبل الكفالة يقضى على الغائب
والحاضر ولا يحتاج الى دعوى الكفالة بالامر بخلاف الاولى لان الكفالة المطلقة لا
توجب المال على الكفيل ما لم توجبه على الاصيل فصار كأنه علق الكفالة بوجوب
المال على الاصيل فانتصب خصماً عن الغائب (رد محتار) وهذا بخلاف ما لو كفل
لرجل بما ذاب له عَلَى غريمه او بما قضي له عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل
بان له عَلَى الغريم الفاً لا يقبل برهانه عَلَى الكفيل (ملتقى) لان الكفيل التزم ما لا
يقضى به في المستقبل فما لم يقضَ به لا يجب على الكفيل شيء لان شروط وجوب

المال على الكفيل القضاء على الاصيل ولم يوجد الشرط (طحطاوي) وهذا ظاهر فيما
اذا كفل بما قضي له عليه اما اذا كفل بما ذاب له عليه فكذلك لان معنى ذاب تقرر
ووجب وهو لا يكون الا بالقضاء بعد الكفالة (رد محتار) وفي الهندية لو كان له
على رجل الف درهم و به كفيل بامره ثم ان الطالب لقي الاصيل قبل ان يلقى الكفيل
واقام بينة ان لي عليك الفاً وفلان كفيل به بامرك فانه يقضى عَلَى الاصيل بالف
درهم ولا يكون هذا قضاء على الكفيل حتى لو لقي الكفيل ليس له ان ياخذ منه شيئاً
قبل ان يعيد البينة عليه والحاصل ان الكفيل ينتصب خصماً عن الاصيل امّا الاصيل
فلا ينتصب خصماً عن الكفيل وعلى هذا لو باع عبداً من رجلين بالف عَلَى ان كل
واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم ان البائع لقي احد الرجلين واقام عليه بينة ان له على
هذا وعلى فلان الغائب الف درهم وكل منهما كفيل عن صاحبه بامره فانه
يقضى له عَلَى الحاضر بالف فان حضر الغائب قبل ان ياخذ البائع من الحاضر شيئاً لا
يكون للبائع ان ياخذ من الغائب الذي حضر الا خمسمائة وهي الاصلية عليه لان
القضاء على كفيله بها قضاء عليه والقضاء على المكفول عنه لا يكون قضاء عَلَى الكفيل
وهذا بخلاف ما لو ادعى عَلَى رجل انك كفلت لي وفلان الغائب عن رجل بالف
درهم وكل واحد منكما كفيل عن صاحبه واقام على ذلك بينة وقضي عليه بالف
درهم ثم حضر الغائب فله ان ياخذ الغائب بجميع الالف لانه حين قضي به على
الحاضر قضي به على انه كفيل عن المطلوب وعن الكفيل الا يرى انه لو لم يجعل
كفيلاً عن كل واحد منهما لم يكن له اذا ادى ان يرجع به كله على الذي عليه
الاصل اه ملخصاً

وانما قبلت البينة في كل هذه المسائل التي ذكرناها وتضمن القضاء على الحاضر
قضاء على الغائب لان ما يدعى على الغائب سبب لا محالة لثبوت مايدعى على الحاضر
بنفسه اما لو كان المدعى على الغائب سبباً لثبوت المدعى على الحاضر باعتبار البقاء لا
بنفسه فلا تقبل البينة ولا يقضى بها لا على الحاضر ولا على الغائب بيانه ان المشتري فاسداً
اذا اقام البينة انه باع المبيع من فلان الغائب يريد بذلك ابطال حق البائع في
الاسترداد لا تقبل بينته لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب وكذا لو ان رجلاً
في يده دار بيعت بجنبها دار اخرى فاراد الذي في يده الدار الاولى ان ياخذ المشتراة
بالشفعة فقال المشتري للشفيع الدار التي في يدك ليست لك وانما هي لفلان الغائب

اشتريتها انا منه واقام البينة على ذلك فلا تقبل ولا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان ما يدعيه على الغائب ليس بسبب لما يدعيه على الحاضر من غير اعتبار البقاء فان الشفيع لو كان قد باع الدار كما ادعى المشتري ثم استردها بالاقالة لا تمتنع دعواه الشفعة وانما السبب لمنع دعواه بقاء البيع الى حين الدعوى والمشتري لم يقم البينة على بقائه ولو اقام البينة على البقاء لا تقبل ايضاً لان البقاء تبع للابتداء فان لم يمكن ان يجعل خصماً في نفس الشراء لم يمكن ان يجعل خصماً في اثبات بقائه (هندية ملخصاً) وفيها رجل ادعى على رجل انه وهب له هبة ولفلان الغائب وسلمها اليهما فان كان الموهوب شيئاً لا يحتمل القسمة صحت هذه الدعوى وقبلت بينته في حق الحاضر دون الغائب عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف تقبل بينته ايضاً في حق الغائب ايضاً كما في الشراء وان كان الموهوب شيئاً يحتمل القسمة لم تصح هذه الدعوى عند ابي حنيفة لان عنده هبة الدار من رجلين فاسدة وعندهما صحيحة فتصح هذه الدعوى وكذا لو ادعى رجل على رجل اني وفلان الغائب ارتهنا من هذا الرجل الدار التي في يديه بدين لنا عليهِ ثم انه استولى عليها واقام البينة على ذلك فعلى قول ابي حنيفة لا تقبل هذه البينة لان عنده انما تقبل في نصيب الحاضر لا غير وذلك متعذر ههنا لانه يصير رهن المشاع وهو لا يجوز سواء كان قابلاً القسمة او لا وكذا لو اوصى بوصايا شتى لاناس مختلفين فحضر احدهم واقام البينة على الوصية بحضور الورثة فعلى قول ابي حنيفة يقضى بنصيب الحاضر فقط وعلى قول ابي يوسف يقضى بجميع الوصية حتى اذا حضر الغائب لا يكلف اعادة البينة ثانياً وكذا اذا ادعى رهناً من رجلين واحدهما غائب والدار في يد الحاضر واقام بينة على الرهن والقبض فعند ابي حنيفة لا تقبل ايضاً لان القضاء عنده يقتصر على نصيب الحاضر ورهن المشاع باطل اه ٠ قلت وقد تقدم في المادة ١٦٤٣ من المجلة بان ليس لاحد الشركاء في عين ملكوه بغير الارث ان يكون خصماً للمدعي في حصة الاخر ومن هذا يظهر ترجيح قول ابي حنيفة في هذه كلها المسائل فتنبه

ولكن لو ادعى واحد على الآخر شيئاً فاقر به المدعى عليهِ ثم غاب عن المجلس قبل الحكم كان للحاكم ان يحكم في غيابه بناء على اقراره و كذلك لو انكر المدعى عليه دعوى المدعي فاقام المدعي البينة ثم مات المدعى عليه

او غاب عن مجلس الحكم قبل التزكية والحكم كان للحاكم ان يزكي البينة ويحكم بها

وفي الهندية رجل ادعى على رجل مالاً واقام البينة فقضى له القاضي ثم غاب المقضي عليه او مات وله ورثة وله مال في ايدي اقوام وهم مقرون به فلا يدفع القاضي الى المدعي من ذلك شيئاً حتى يحضر المقضي عليه ان كان غائباً او ورثته ان كان ميتاً لان القاضي نصب ناظراً وليس من النظر في حق الغائب دفع ماله الى المقضي له فلعل انه قضى هذا الدين او قضاه وارثه فوقفنا الامر لهذا اه

﴿ المادة ١٨٣١ ﴾ للحاكم ان يحكم على المدعى عليه بالبينة التي اقيمت في مواجهة وكيله اذا حضر بعد ذلك مجلس الحكم بنفسه وكذا لو كان الامر بالعكس . يعني للحاكم ان يحكم على وكيل المدعى عليه بالبينة التي اقيمت بوجه موكله اذا حضر الوكيل مجلس الحكم بعد ذلك

اي اذا غاب الموكل بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الوكيل او غاب الوكيل بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الموكل فانه يقضى عليه بتلك البينة لان الوكيل قائم مقام الموكل وكذا لو اقيمت البينة على نائب الصغير ثم بلغ الصغير فانه يقضى على الصغير بتلك البينة (عمادية) . وكذا لو اقيمت البينة بوجه المدعى عليه ثم مات فانه يقضى بتلك البينة على وارثه وكذا الحكم ايضاً لو شهد شاهد بوجه المدعى عليه وشاهد آخر بوجه وكيله او شهد احدهما بوجه احد الوصيين وشهد الاخر بوجه الوصي الاخر (هندية وخانية)

﴿ المادة ١٨٣٢ ﴾ للحاكم ان يحكم على الوارث الحاضر بالبينة التى اقيمت بوجه وارث اخر اذا غاب هذا الوارث عن مجلس الحكم وذلك اذا اذا كانت الخصومة في الدعوى تتوجه على جميع الورثة ولا حاجة في هذه الصورة الى اعادة البينة

على ما يظهر ان هذا في دعوي الدين فقط لان احد الورثة فيها ينتصب خصماً

عن البقية وان لم يكن في يده شيء من التركة · اما في دعوى العين فلا يقضي على احد الورثة بالبينة التي قامت على الوارث الاخر لانه قد مر في المادة ١٦٤٢ بان احد الورثة انما ينتصب خصماً عن الميت في دعوى العين اذا كانت تلك العين في يده والا فلا · وعليه لو اقيمت البينة على الوارث الذي العين في يده وغاب ثم حضر وارث آخر لا يد له على العين لا يجوز القضاء عليه لانه ليس بخصم فتنبه · وفي الانقروى عن العمادية وكذا يقضى على الوارث بالبينة التي قامت على مورثه ولو كان الوارث غائباً غيبة منقطعة ينصب القاضي وكيلاً بطلب الخصم ويقضي عليه بتلك البينة اه

تتمة قال في الهندية ادعى رجل داراً في يد رجل ان اباه مات وتركها ميراثاً له ولاخيه فلان واخوه منكر دعواه وزعم ان لا شيء له من الدار فاقام المدعي بينة على دعواه وقضي له بنصف الدار ثم رجع اخوه الى تصديقه لم يقض له بشيء فان جاء غريم للميت واثبت دينه بالبينة بمحضر من الوارث وسأل القاضي ان يقضي للميت بالدار فان القاضي يستقبل القضاء فيقضي للميت بالدار كلها بالشهادة الاولى وتباع الدار ويقضي الغريم حقه من ثمنها فان فضل شيء من ثمنها يجعل نصفه للابن المدعي ويرد الباقي على المقضي عليه بالدار ولا يجعل للابن المنكر من الفضل شيئاً اه

الفصل الثاني

في الحكم الغيابي

﴿المادة ١٨٣٣﴾ يدعى المدعى عليه من قبل الحاكم بطلب واستدعاء المدعي فان امتنع عن الحضور وارسال وكيل الى المحكمة بدون عذر شرعي يحضر اليها جبراً

مفاده انه لو كان له عذر مشروع بان كان مريضاً او امرأة مخدرة فلا يجبر على الحضور واذا كان الحاكم مأذوناً بالاستخلاف يرسل له نائبه والمدعي ليسمع جوابه

﴿المادة ١٨٣٤﴾ اذا امتنع المدعى عليه عن الحضور وارسال وكيل الى المحكمة ولم يمكن احضاره يدعى الى المحكمة بطلب المدعي وذلك بان يرسل اليه ثلاث مرات في ايام متفاوتة ورقة الدعوة المخصوصة بالمحكمة فان ابى المجيء فهمه الحاكم بانه سينصب له وكيلاً ويسمع دعوى المدعي وبينته فلو امتنع عن الحضور الى المحكمة وارسال وكيل نصب الحاكم له وكيلاً يحافظ على حقوقه وسمع الدعوى والبينة في مواجهته واذا تبين بعد الفحص ان الدعوى مقارنة للصحة وثبت الحق حكم بمقتضى ذلك

وهذا الطلب يقال له في عرف الفقهاء الاعداء وهو معروف عندهم من عهد الامام ابي يوسف الذي كان يعمل به الا انه لم يكن بالمكاتبة كما هو الآن بل بالمشافهة قال في الهندية ان ابا يوسف كان يقول القاضي يبعث رسولاً ينادي على باب الخصم ومعه شاهدان فينادي الرسول على باب الخصم ثلاثة ايام كل يوم ثلاث مرات يافلان بن فلان ان القاضي يقول احضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم والا نصبت عنك وكيلاً وقبلت البينة عليك بحضور وكيلك فاذا فعل ذلك ولم يحضر نصب القاضي عنه وكيلاً وسمع البينة عليه وامضى الحكم عليه بحضرة وكيله اه

ولكن هذه المادة قد الغيت برمتها بمادة منفردة وضعت بتاريخ ١٧ جمادي الاولى ٣٣٢ و ٣١ مارس ٣٣٠ وهذه ترجمتها

قد الغيت قاعدة تبليغ اكثر من دعوة واحدة في المحاكم الشرعية وقاعدة تعيين وكيل مسخر في المحاكمة الغيابية اه (جريدة علمية عد ١)

﴿المادة ١٨٣٥﴾ يبلغ المدعى عليه الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح

﴿المادة ١٨٣٦﴾ اذا حضر المحكوم عليه غياباً الى المحكمة وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه وتفصل على الوجه المقتضى وان لم يتشبث بدفع الدعوى او لم يكن ما تشبث به صالحاً للدفع ينفذ الحكم الواقع ويجري

الباب الثالث

في روءية الدعوى بعد الحكم

﴿ المادة ١٨٣٧ ﴾ الدعوى التى حكم بها وربطت باعلام لا تجوز رؤيتها وسماعها تكراراً اذا توفرت الاسباب والشروط الموافقة للاصول المشروعة

ليس ربط الحكم باعلام قيداً احترازياً لان الدعوى لا تسمع بعد الحكم سواء ربط باعلام او لا ثم ليس هذا على اطلاقه بل هو فيما اذا لم يزد المدعى عليه عَلَى ما صدر منه اولاً اما لو جاء بدفع صحيح بعد الحكم عليه تسمع دعواه كما سياتي في المادة ١٨٤٠ . وفي الهندية رجل في يده دار ادعى رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له واقام على ذلك بينة وقضى القاضي له بالدار وجاء رجل اخر وادعى انها داره اشتراها من ابي المقضي له حال حياته وصدقه المقضي له بذلك فان الدار ترد على المقضي عليه و يبطل القضاء و يقال لمدعي الشراء اقم البينة على المقضي عليه انها كانت لابي المقضي له وانك اشتريتها منه فان اقام البينة على هذا الوجه قضي بالدار له والا فلا اه ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٠ تشرين الاول سنة ١٣٠٤ مؤداه اذا قال المدعي ان الدعوى الواقعة حكم بها قبلاً من المحكمة الشرعية فحيث ان الدعوى المحكوم بها لا تجوز رؤيتها تكراراً كما في المادة ١٨٣٧ من المجلة فيجب على المحكمة ان تبحث عما اذا كانت هذه الدعوى قد فصلت على الوجه المشروح وعما اذا كانت رُبطت باعلام ام لا ثم تحكم وفقاً للنتيجة التي تظهر (ج٠م٠ عد ٧٥٢)

﴿ المادة ١٨٣٨ ﴾ اذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم الصادر بالدعوى لم يكن موافقاً لاصوله المشروعة وبين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوى ينظر فان وجد الحكم موافقاً لاصوله المشروعة يؤيد والا يستأنف

وينقض ٠ قال في التنوير واذا رفع اليه حكم قاضٍ اخر نفذه الا ما خالف كتاباً او سنة مشهورة أو اجماعاً ومثل ذلك ما لو قضى بشاهد و يمين المدعي لمخالفته للحديث

المشهور البينة على من ادعى واليمين على من انكر اه وفيه قضى في مجتهد فيه بخلاف مذهبه لا ينفذ مطلقاً و به يفتى اه قوله بخلاف مذهبه يعني اصل المذهب كالحنفي اذا حكم على مذهب الشافعي او نحوه او بالعكس واما اذا حكم الحنفي بمذهب ابي يوسف او محمد او نحوهما من اصحاب الامام فليس حكماً بخلاف رايه ومذهبه (درر) اي لان اصحاب الامام ما قالوا بقول الا قد قال به الامام (رد محتار) وفيه الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الاجماع ولهذا قال العلامة قاسم وليس للقاضي المقلد ان يحكم بالضعيف لانه ليس من اهل الترجيح فلا يعدل عن الصحيح الا لقصد غير جميل ولو حكم لا ينفذ لان قضاؤه بغير الحق لان الحق هو الصحيح وما وقع من ان القول الضعيف يتقوى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد اه

﴿ المادة ١٨٣٩ ﴾ اذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الصادر بالدعوى وطلب تمييز اعلام ذلك الحكم ينظر فيه حتى اذا وجد موافقاً لاصوله المشروعة صدق والا نقض

اعلم ان الاصول المتخذة بشأن الاستئناف والتمييز في الدعاوى الشرعية هي غير الاصول المتخذة في الدعاوى النظامية فان الحكم هنا يميز اولاً ثم يستانف اذا اقتضى الامر . ومرجع التمييز الفتوى خانه ومجلس التدقيقات الشرعية في باب المشيخة الجليلة فان كان الاعتراض على الحكم من حيث صكه وسبكه فيرى في الفتوى خانه وان كان من حيث تطبيق الحكم على الواقعة ونحو ذلك مما هو خارج عن الصك والسبك فيرى في مجلس التدقيقات فان رأت الفتوى خانه ان الاعلام موافق للشرع كتبت على هامشه انه موافق لاصوله ووقعت على ذلك ختم امانة الفتوى وختم دائرة تمييز الاعلامات الشرعية وان رأته مخالفاً للشرع كتبت اسباب مخالفته واعادته الى المحكمة التي اصدرته وان رفع الاعتراض الى مجلس التدقيقات ايده اذا رآه موافقاً للشرع والا نقضه واعاده الى المحكمة التي اصدرته اذا كانت الدعوى بخمسة الاف قرش فما دون لتراها ثانية لان مجلس التدقيقات كالفتوى خانه غير حائز صفة القضاء وان كانت الدعوى باكثر من ذلك او كانت مما يستدعي الاهتمام كدعوى النكاح والطلاق فينقلها من محكمة القضاء الى محكمة اللواء ومن محكمة اللواء الى محكمة الولاية الا ان يتفق الخصمان على استئنافها في نفس المحكمة التي قضت بها اولاً وان شئت زيادة بيان فراجع

التعليمات السنية الصادرة بهذا الشان في شرحنا على المادة ٢٢٤ من قانون المحاكمات الحقوقية

﴿ المادة ١٨٤٠ ﴾ كما يصح دفع الدعوي قبل الحكم يصح ايضاً بعده

الا في بعض المواضع كما لو برهن المدعى عليه بعد الحكم ان المدعي اقر قبل الدعوى انه لا حق له في الدار فانه لا يقبل هذا الدفع لجواز التوفيق بان شراه بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم اذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه لكن ينبغي ان يكون هذا مبنياً على القول بان امكان التوفيق كاف اما على القول بانه لا بد من التوفيق بالفعل فلا تقييد بما ذكر (حامدية) قلت وقد تقدم في المادة ١٦٥٧ ترجيح القول الثاني من انه لا بد من التوفيق بالفعل فتنبه

وبناء عليه اذا اورد المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً للدفع وادعى دفع الدعوى وطلب اعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا وترى دعواه في مواجهة المحكوم له . مثلاً اذا ادعى واحد داراً هي في تصرف الاخر بانها موروثة له من والده واثبت ذلك ثم بعد الحكم ظهر سند معمول به يفيد ان والد المدعي كان قد باع تلك الدار من والدذي اليد تسمع دعوى ذي اليد واذا اثبت دعواه انتقض الحكم الاول واندفعت دعوى المدعي

وكذا لو ادعى داراً وبرهن وحكم له بها وباعها المحكوم له من آخر ثم ان المدعى عليه جاء بدفع صحيح والدار ليست في يده يصح الدفع في الصحيح (انقروي عن البزازية) ولكن يخرج عن ذلك ما لو ادعى انه ابن عم الميت لابويه وطلب الميراث فحكم له ثم قام المدعى عليه يدعي انك اقررت بانك ابن عم الميت لامه فلا يسمع بخلاف ما لو ادعاه قبل الحكم (حموي) وفي الهندية في باب ما يقضي به القاضي ويرد قضاؤه وما لا يرد ما نصه ما يجب اعتباره في هذا الباب شيئان احدهما ان قضاء القاضي متى اعتمد سبباً صحيحاً ثم بطل السبب من بعد لا يبطل القضاء واذا ثبت عدم السبب من الاصل بعد وجوده من حيث الظاهر فكذلك عند ابي حنيفة وابي

يوسف والثاني ان استحقاق المبيع على المشتري يوجب توقف البيع السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه وفسخه في ظاهر الرواية فلو اشترى جارية ولم يقبضها حتى استحقها رجل بالبينة والبائع والمشتري حاضران وقضى القاضي بها للمستحق ثم ادعى البائع والمشتري ان المستحق باعها من هذا البائع وسلمها اليه ثم باعها البائع من المشتري واقام البينة قبلت وان لم يكن لهما بينة على ما ادعيا وطلب المشتري من القاضي ان يفسخ العقد بينهما لعجز البائع عن التسليم اجابه القاضي الى ذلك فان فسخ القاضي العقد ثم وجد البائع بينة واقامها على المستحق انه كان اشتراها وقبضها من المستحق قبل ان يبيعها من هذا المشتري قضى بالجارية للبائع وليس له ان يلزمها المشتري ولو كان المشتري قبض الجارية من البائع ثم استحقها مستحق بالبينة قضي بها للمستحق و ينقض البيع بينهما على ظاهر الرواية اذا طلب المشتري و يرجع المشتري بالثمن على البائع فان اقام البائع بعد ذلك بينة على المستحق انه كان اشتراها منه وقبضها قبل ان يبيعها قضى القاضي بالجارية للبائع وبطل قضاء القاضي حتى كان للبائع ان يلزم الجارية المشتري وهذا قول ابي يوسف اولاً وهو قول محمد اه‍ على قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف الاخر لا يبطل قضاء القاضي بالفسخ ولا يكون للبائع ان يلزم المشتري. رجل اشترى عبداً وقبضه و باعه من اخر وقبضه المشتري الثاني ثم استحقه رجل عليه فاقام المشتري الثاني بينة على المستحق انه كان باعه من البائع الاول بكذا وسلمه اليه والبائع الاول باعه من بائعه وسلمه اليه قبلت بينته في ظاهر الرواية فان لم يقم المشتري الاخر بينة على ذلك ولكن خاصم بائعه وهو المشتري الاول في الثمن وقضي عليه بذلك ثم ان المشتري الاول اقام بينة على ان المستحق باعه من البائع الاول فسلمه اليه قبل ان يبيعه منه واخذ الغلام منه هل له ان يلزم المشتري الثاني على قول محمد وابي يوسف اولاً له ذلك وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر ليس له ذلك اه ملخصاً

الباب الرابع

في المسائل المتعلقة بالتحكيم

❋ المادة ١٨٤١ ❋ يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس

احترز بذلك عن حقوق الله تعالى فانه لا يجوز التحكيم بها (هندية) وفي التنوير وشرحه للعلائي حكما رجلاً فحكم بينهما ببينة او اقرار او نكول صح لو في غير حد وقود ودية على عاقلة والاصل ان حكم المحكمين بمنزلة الصلح وهذه لا تجوز بالصلح فلا تجوز بالتحكيم اه وفي الهندية اذا حكم وصي الصغير وغريمه رجلاً فليس للحكم ان يحكم بشيء فيه ضرر على الصغير وان كان بحكم الحكم نظر للصبي ينبغي ان يجوز و ينفذ حكمه فيكون بمنزلة صلح الوصي اه وشرط التحكيم ان يكون الخصمان عاقلين وان يكون المحكم اهلاً للشهادة منذ التحكيم حتى الحكم ومن ثم لو حكما صبياً فحكم بعد بلوغه لا ينفذ حكمه (رد محتار)

﴿المادة ١٨٤٢﴾ لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم الا على الخصمين اللذين حكماه و بالشأن الذي حكماه به فلا يسري حكمه عَلَى غيرهما ولا يتناول غير ذلك الشأن

لان ولايته قاصرة على ذلك بخلاف القاضي فان ولايته عامة و بناء عليه لوادعى على ميت ديناً وورثته غيب الا واحد فاصطلح هذا الوارث مع المدعي على حكم يحكم بينهما فاقام المدعي بينة على الميت بحقه وحكم الحكم بذلك لا يظهر حكمه في حق الغائب و كذا لو كان له دين على رجل و به كفيل بامره او بغير امره فادعى على الكفيل والمطلوب غائب وتراضى الكفيل والطالب وحكما رجلاً فحكم المحكم بذلك كان حكمه جائزاً على الكفيل دون المكفول عنه و كذا اذا اشترى من رجل عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم طعن بعيب واصطلحا على حكم فقضي بالرد علي البائع فهو جائز فان اراد البائع ان يخاصم بائعه في ذلك العيب لا يجوز ولو اصطلحوا جميعاً على حكم هذا المحكم المشتري الثاني والمشتري الاول والبائع الاول ورد هو العبد على البائع الثاني فاراد البائع الثاني ان يرده على البائع الاول ليس له ذلك قياساً وله ذلك استحساناً وجه القياس ان البائع الاول ليس بخصم للحال اذ لا خصومة معه في العيب قبل الرد على البائع الثاني فلا يصح تحكيمه معنى في العيب قبل الرد على البائع الثاني فصار وجود هذا التحكيم والعدم بمنزلة ولو نقض البائع الاول الحكومة بعد ما رد العبد على الثاني قبل ان يرده عليه صح النقض واذا صح العزل لا يملك الحكم رد العبد على البائع الاول بعد ذلك وان خاصم البائع الثاني البائع الاول بعد ذلك بسبب هذا

العيب عند قاضٍ من القضاة فالقياس ان لا يرده القاضي على البائع الاول وفي
لاستحسان يرده ولو ان رجلاً باع سلعة رجل بامره فطعن المشتري بعيب فحكما بينهما
حكماً برضى الآمر فردها الحكم على البائع بسبب ذلك العيب باقرار البائع او نكوله
او ببينة قامت فان كان الرد بالبينة او بنكول البائع الوكيل فله ان يرده على الموكل وان
كان الرد باقراره بالعيب وذلك عيب لا يحدث مثله رده عَلَى الموكل ايضاً فان كان
يحدث مثله لم يرده عَلَى الموكل حتى يقيم البينة ان هذا العيب كان عند الموكل وان
كانت الحكومة بغير رضى الامر لم يلزم الامر من ذلك شيء الا ببينة او كان عيباً
لا يحدث مثله ولو كان هذا الرجل اشترى عبداً لرجل بامره فطعن المشتري بعيب به
وحكما بينهما رجلاً برضى الامر ورده ببينة او اقرار او نكول كان ذلك جائزاً على
الامر وهذا ظاهر ولو كان التحكيم بغير رضا الآمر ورد ببعض ما ذكرنا فكذلك الجواب
وكان الرد جائزاً عَلَى الآمر (هندية) اي لو ان المامور بالشرا رد المبيع على بائعه جاز
هذا الرد بحق الآمر ايضاً وهذا بناء عَلَى ان للوكيل بالشرا ان يرد المبيع بعيب دون
اذن الآمر اذا لم يكن سلمه اليه راجع المادة ١٤٨٩ وليس هذا استثناء من حكم
المادة التي نحن بصددها اذ لا يخرج عنها الا مسالة واحدة ذكرها في الدر المختار وهي
ما لو حكم احد الشريكين وغريماً له رجلاً فحكم بينهما والزم الشريك تعدى للشريك
الغائب لان حكمه كالصلح والصلح من صنيع التجار فكان كل من الشريكين راضياً
بالصلح وما في معناه اه والحاصل ان المحكم كالقاضي الا في مسائل منها لا بد من
تراضي الخصمين عليه ومنها لو رد الشهادة لتهمة فلغيره قبولها بخلاف ما لو رد القاضي
شهادة للتهمة لا يقبلها قاضٍ آخر لان القضاء بالرد نفذ على الكافة ومنها لا يصح التحكيم
في حد وقود ودية على عاقلة وان لكل عزل الحكم قبل الحكم وانه لا يتعدى حكمه
في الرد بالعيب الى بائع البائع وانه ليس له التفويض الى غيره وان الوقف لا يلزم
بحكمه ولا يجوز تعليقه ولا اضافته الى المستقبل عند ابي يوسف ولا يتعدى حكمه الى
الغائب لو كان ما يدعي عليه سبباً لما يدعي على الحاضر وانه لا يتعدى حكمه من
وارث الى الباقي والميت وانه اذا حكم على الوكيل بالبيع باسترداد المبيع بالعيب لا
يتعدى حكمه على الموكل وانه لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر على
الصغير وانه لا يتقيد ببلد التحكيم بل له الحكم في البلاد كلها ومنها انه ينعزل
بقيامه عن المجلس قبل الحكم كما ينعزل بعزل احدهما قبله (رد محتار ملخصاً) ولما كان

المحكم كالقاضي لم يكن له ان يحكم الا باحد اسباب الحكم الاربعة وهي الاقرار والبينة واليمين والنكول (حيدر افندي عن الزيلعي)

﴿ المادة ١٨٤٣ ﴾ يجوز تعدد المحكم . يعني يجوز نصب حكمين او اكثر بدعوى واحدة ويجوز ان ينصب كل من المدعي والمدعي عليه حكماً

وان اصطلحا ان يحكم بينهما فلان او فلان فايهما حكم بينهما جاز واذا تقدما الى احدهما فقد عيناه للخصومة ولا يبقى الاخر حكما (هندية)

فائدة : لا يصح حكم المحكم لمن لا تقبل شهادته له كابويه وولده وزوجته اما لو حكم عليهم يصح كالشهادة تقبل عليهم لا لهم وصح اخبار المحكم باقرار احد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته اي حال بقاء التحكيم ولكن لا يصح اخباره بحكمه بعد القيام عن المجلس لانقضاء ولايته (تنوير)

﴿ المادة ١٨٤٤ ﴾ اذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفاً يلزم اتفاق رأي كلهم وليس لواحد منهم ان يحكم وحده

ولو حكم لا ينفذ حكمه ومفاده ان الحكم باكثرية الآراء لا يصح لان الخصمين رضيا براي الكل ورأي البعض غير راي الكل ولكن هل يصح الحكم باغلبية الآراء اذا اذنهم الخصمان بذلك يمكن ان يجاب بالنفي لان من شرط التحكيم ان يكون المحكم معلوماً ولا يعرف ممن تكون الاكثرية ويمكن ان يجاب بالايجاب قياساً على ما مر في شرح المادة السابقة عن الهندية من انه انهما لو اصطلحا ان يحكم بينهما فلان اوفلان صح وذلك لان الجهالة هنا يسيرة ولو حكما اثنين فحكما بينهما فلا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما كسائر الرعايا اذ بعد القيام عن مجلس الحكومة لا تقبل شهادتهما على قول بامضاه ولو حكما رجلاً فاجاز القاضي حكومته قبل ان يحكم ثم حكم بخلاف راي القاضي لم يجز ولو حكما رجلاً فقضى لاحدهما ثم حكما اخر فحكم بينهما بسوى ذلك ولا يعلم بالاول ثم رفع الى القاضي فانه ينفذ حكم الموافق لرايه ولو حكما رجلاً ما دام في مجلسه فقالا لم تحكم بيننا وقال حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه ولا يصدق بعده (هندية)

﴿ المادة ١٨٤٥ ﴾ للمحكمين ان يحكموا آخر ان كانوا مأذونين من الخصمين والا فلا

قال في الهندية وليس للحكم ان يفوض التحكيم الى غيره لان الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره فان فوض وحكم الثاني بغير رضاهما واجاز الحكم الاول لم يجز الا ان يجيزه الخصمان ومنهم من قال انه يجوز كالوكيل الاول اذا اجاز بيع الوكيل الثاني جاز وكالقاضي اذا لم يؤذن له في الاستخلاف واجاز حكم خليفته جاز ومنهم من فرق بينهما والفرق ان الحكم لا يصح الا بالعبارة فلا يصح منه تنفيذ الحكم عليهما بعبارة غيره بخلاف اجازة الوكيل الاول بيع الثاني لان البيع ينفذ بدون العبارة بالتعاطي فكان المقصود بالتوكيل حضور راي الوكيل عند البيع لا عبارته فاذا اجاز بيع الثاني فقد حضر رايه ذلك العقد فصح بخلاف اجازة القاضي حكم خليفته لان القاضي يملك القضاء بما قضى خليفته من غير رضا الخصمين افلا يملك ايضاً اجازة قضاء الغير عليهما من غير رضاهما اه

﴿ المادة ١٨٤٦ ﴾ اذا تقيد التحكيم بوقت يزول بمروره فالحكم المنصوب ليحكم من اليوم الفلاني الى شهر ليس له ان يحكم الا في مدة ذلك الشهر فلا يجوز ان يحكم بعد انقضائه واذا فعل لا ينفذ حكمه

واذا حكما رجلاً على ان يحكم بينهما على ان يسال فلاناً الفقيه و يحكم بينهما جاز وكذا اذا اصطلحا على حكم بينهما على ان يسال الفقهاء ثم يحكم بينهما بما اجمعوا عليه جاز فان سال ذلك الفقيه في الفصل الاول وحكم بينهما جاز واذا سال فقيهاً واحداً في الفصل الثاني وحكم بقوله جاز ايضاً ولو سافر الحكم او مرض او اغمي عليه ثم قدم من سفره او برأ وحكم جاز ولو عمي الحكم ثم ذهب العمى وحكم لم يجز واذا وكل احد الخصمين الحكم بالخصومة وقبل الحكم الوكالة خرج عن الحكومة واذا اشترى الحكم العبد الذي اختصما اليه فيه او اشتراه ابنه او احد ممن لا تجوز شهادته له فقد خرج عن الحكومة (هندية ملخصاً)

﴿ المادة ١٨٤٧ ﴾ لكل من الخصمين عزل المحكم قبل الحكم

لانه مقلد من جهتهما فكان لكل منهم عزله وهو من الامور الجائزة فينفرد احدهما

بنقضه كما ينفرد احد العاقدين في مضاربة وشركة ووكالة ولكن ليس لاحدهما ان يرجع عن الحكم بعد صدوره لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه (مجمع الانهر) حتى لو حكما بينهما رجلاً فقضى لاحدهما على صاحبه في بعض الدعاوى التي حكماه فيها ثم رجع المقضي عليه عن تحكيم هذا الحكم فيما بقي بينهما من الدعاوى فان القضاء الاول نافذ وما يقضي بعد ذلك لا ينفذ (هندية) وفيها لو وجه الحكم القضاء على احدهما يريد به ان الحكم قال لاحد الخصمين قامت عندي الحجة بما ادعى عليك من الحق ثم ان الذي توجه عليه الحكم عزله ثم حكم عليه بعد ذلك لا ينفذ حكمه عليه اه

ولكن اذا جاز تحكيمه الحاكم المنصوب من قبل السلطان والمأذون بنصب النائب كان الحكم بمنزلة نائب هذا الحاكم لانه استخلفه

ولا يجوز حينئذٍ لاحدهما ان يعزله وليس للقاضي ان ينقض حكمه بخلاف ما لو كان القاضي غير مأذون في الاستخلاف لان له حينئذٍ ان يبطل حكمه اذا خالف مذهبه ولكل من الخصمين عزله قبل الحكم (هندية)

﴿ المادة ١٨٤٨ ﴾ كما ان حكم الحكام لازم الاجراء على جميع من كان في ولايتهم كذلك ينفذ حكم المحكمين على من حكمهم في الشان الذي حكمهم به ومن ثم ليس لاحد الخصمين ان يمتنع من قبول الحكم الذي صدر من المحكمين اذا كان موافقاً لاصوله المشروعة

لانه صدر عن ولاية شرعية عليهما كما قدمنا وفي الهندية اذا حلف احد الخصمين ونكل عن اليمين وقضى عليه الحكم فقال المقضي عليه لا اجيز حكمه على واحلف فحكمه عليه ماضٍ ولو كان المدعي من الابتداء اقام البينة عَلَى دعواه وعدلوا وحكم الحكم بها على المدعى عليه جاز فان انكر المقضي عليه الحكم وانكر التحكيم وادعى المدعي ذلك كان للمدعي ان يحلفه فان نكل لزمته دعوى صاحبه وان كان المدعي اقام بينة عَلَى ما ادعى من التحكيم والحكم فان كان الشهود الذين شهدوا على التحكيم غير الذي جرى الحكم بشهادتهم قبلت شهادتهم وان كانوا هم الذين جرى الحكم بشهادتهم لا تقبل شهادتهم اه

﴿المادة ١٨٤٩﴾ اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من السلطان صدقه ان كان موافقاً للاصول والا نقضه

وان قضى المحكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه الى قاض مولى من السلطان امضاه ان وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه وفائدة امضائه ان لا يكون لقاض اخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه وان لم يوافق مذهبه يبطله لان حكم المحكم لا يرفع خلافاً في المجتهدات لقصور ولايته على المحكمين دون غيرهما والقاضي الذي رفع اليه حكمه غيرهما . واما اذا قضى قاض في فصل مجتهد فيه فرفع الى قاض بعده لا يرده لان القاضي له ولايه عامة على الناس فكان قضاؤه حجة في حق الكل اذا صادف القضاء محله اه ملخصا عن الدر المختار وحاشيته للطحطاوي .

﴿المادة ١٨٥٠﴾ اذا اذن الخصمان بالصلح المحكمين اللذين اذناهما بالحكم توفيقاً لاصوله المشروعة ففعلا صح صلحهما . بيانه اذا وكل احد الخصمين هذا الحكم ووكل الخصم الاخر الحكم الاخر بالصلح في الامر الذي تنازعا فيه فصالحا الحكمان توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح فليس لاحد الخصمين ان يمتنع من قبول هذا الصلح

﴿المادة ١٨٥١﴾ اذا فصل واحد الدعوى الواقعة بين اثنين ولم يكونا قد حكماه صح حكمه ونفذ اذا رضيا به اجازاه راجع المادة ١٤٥٣

وكذا لو حكماه ولم يأذناه بتفويض الحكم الى غيره فحكم غيره فحكم بينهما لم يجز ولكن لو اجاز حكمه جازا (رد محتار) ولكن يشترط في الصورتين ان يكون الحكم موافقاً للاصول المشروعة كما مر في المادة ١٨٤٨ والا فلا تصح الاجازة

انتهى

الحمد لله على الآئه ، والسلام على انبيائه واوليائه ، اما بعد فيقول مؤلفه العبد الفقير سليم بن رستم باز ، هذا آخر ما علقته على مجلة الاحكام العدلية ، التي هي اجلّ قوانين الدولة العثمانية ، وقد جمعت فيه تعميماً للفائدة كثيراً من الضوابط والفروع مأخوذة عن اجلّ كتب المذهب التي يعوَّل عليها ، و يركن اليها ، و بذلت غاية الجهد والدقة في ضبط ما نقلته عنها ، واخترت من كلامها ، ما قلّ ودل ، والتقطتُ من جواهرها ما صغرَ وجلّ ، ولم اكتب مسألة حتى كنت اراجعها في عشرة او خمسة عشر كتاباً ، فاختار ادقّ عبارة ،والطف إشارة . ولا يخفى ما قاسيتهُ في ذلك من التعب لكنني غير آسفٍ عليهِ لذهابه في مرضاتهِ تعالى وخدمة الوطن العزيز . ولما كنت اخشى على نفسي زلة القدم ولا آمن الغلط وسبق القلم عرضت هذا الكتاب على بعض الافاضل من فقهاء العصر ، فطاب لديهم مورده ، وشهدوا بصحة اسناده وتفضلوا عليهِ بالثناء الذي لا يستحقه . فاعترافاً بفضلهم وشكراً لجزيل منتهم اردت ان اثبت في آخر هذا الكتاب ما اهدوه من الغرر ، واطوق جيده بما اولوه من قلائد الدرر . أجزل الله ثوابهم ومتعنا بطول بقائهم

قال العالم العلامة والجهبذ الفهَّامة

الشيخ ابراهيم افندي الاحدب

احمد الله على الهداية ، واشكرهُ على الارشاد للدراية ، واصلي واسلم عَلَى خلاصة انبيائه ، وصفوة اصفيائه ، وآله وصحبه ،وعترته وحزبه . اما بعد فاني وقفت عَلَى شرح مجلة الاحكام العدلية ، التي يعول عليها في فصل كل قضية ،للزكي الاديب والفاضل الاريب سليم افندي باز ، الذي اقتنص اوابد المعاني بسلوك حقيقة المجاز ، فوجدته شرحاً يشرح الصدر بدون تورية ولا ايهام ، ويروى ظمأ القلوب بالتروية لما اشتمل عليه من الانسجام ، تحرى به النقل الصحيح ، وعول في تبيانه عَلَى النص الصريح ،وعزا كل قول لقائله بكل ضبط ، وميز بين كل عبارة فلم يقع في الخلط ، ونقب عن مظان المسائل بابدع اسلوب ، وكد فكره بما اتى بهِ مبرءًا من العيوب ، فوقف على خزائن الاسرار ، وتروى من معين وليها بتنوير الابصار ،وانسجم روي افكاره بما ورد ،حتى توالى عليه الفيض من وارد ذلك المدد ، فظفر بالفتح ،واوضح ذلك المتن بابدع شرح ورد المحتار الى الهداية ، بما نقله عن الدر المختار والعناية ، وغاص فكره في البحر الرائق

بعد ترويته بالنهر الفائق ، واستعمل المساواة دون الايجاز المخل ، والتطويل الممل ، واتعب خاطره بتلخيص المنقول ، فكان له الفضل دون الفضول ، وسام جواد فكره في تلك الرياض الانيقة ،وجنى شقائق النعمان بما استعمل من الطريقة ، وترك التعصب في تنقيبه ، وان حاز ارث الفضائل بتعصيبه ، واراح افكار المطالعين من التعب ، فاوردهم راحة هي اشهى من الضرب ، فطاب للواردين بهذا الشرح مشرع المجلة ، وراق منهلها فازال من القلوب كل علة ، فله الشكر الطويل المديد ، والثناء الوافر الذي يخلق الدهر وهو جديد

شرح المجلة واضح التبيانِ   يجني المريدشقائق النعمانِ
روضٌ اريض فيه اشهى نزهةٍ   للنفس ان عانت غريب معاني
وحديقةٌ غناء يجلو وردها   صدأ القلوب بمعرب الالحان
شرحٌ ازال عن المجلة برقعاً   فبدا الصباح لمن له عينانِ
مرآتها صدئت فلم ينظر بها   لحقيقةٍ دقت عَلَى الانسانِ
ان السليم ابانهُ لعيوننا   وجلاه روض بدائعٍ ومجاني
ندبٌ لهُ وجب الثناء وحمدهُ   لأُولي الذكا يحلو بكل لسانِ
قد كد فكرتهُ واتعب ذهنه   ليدير راحته على الاذهانِ
وأجلَّ احكام المجلةِ شرحهُ   ببدائع التلخيص والاتقانِ
وابان بالنقل الصحيح مسائلاً   صحت بنصٍ واضح البرهانِ
غاص البحار على جواهر فصلت   في نظمها بالدرّ والمرجان
شرحٌ بهِ شرح البراعة سائمٌ   بتفنن فيهِ على الافنانِ
فعليهِ عوّل في القضاء اذا دجا   خطبٌ يضل بهِ جليل الشانِ
لا زال مبديهِ يسوم معانياً   في العلم سامي الفضل والعرفانِ
يجني ثمار العلم دانيةً لهُ   بعوارفٍ ومعارفٍ وبيان

وقال العالم الاديب والفهامة الاريب

الشيخ ابراهيم افندي الفتال

نحمدك يامن بعنايتهِ الازلية منحنا الهداية ونشكرك يامن بوقايته الابدية وقانا الغواية ونصلي ونسلم على نبيك المختار صدر الشريعة واصل الرواية وعلى آله واصحابه

الاخيار معدن الحقيقة وكنز الدراية · اما بعد فقد طالعت شرح مجلة الاحكام العدلية لناظم عقوده الدرية العالم الفاضل والجهبذ الكامل من بعلو الهمة فاز صاحب الرفعة سليم افندي باز فوجدته كتاباً بلغ من القدر ما لا يبلغه البدر لا يباريه في مضماره مبار ولا يجاريه الى عنايته مجار الا ووقف حسيراً وقصر دون ادراكه قصبات السبق ودعي اخيراً · اجتنب فيه مؤلفه حفظه الله التطويل الممل والايجاز المخل وجمع فيه كثيراً من الضوابط والاصول عن اجل كتب المذهب صحيحة النقول فجاء جامعاً لخزائن الاسرار وحاوياً لغرر درر الابحار وخزانة المفتين ولسان الحكام وبهجة القارين فلهذا كان سنداً في الاحكام يستند عليه وركناً في المعاملات يركن اليه واعترافاً بفضل مؤلفه جزاه الله تعالى جزاء المحسنين بادرت الى تسطير هذه الكليمات شهادة بصحة اسناد هذا التأليف والله خير الشاهدين والصلاة والسلام على خاتم النبيين

وقال العالم اللوذعي والاديب الالمعي

عبد الحميد افندي الرافعي

لله شرح مجلة الاحكامِ ... فلقد اتى في غاية الاحكامِ
وضحت بحسن بيانه لأُولي النهى ... فقرٌ بها عزت على الافهامِ
وابان منها مشكلات مسائلٍ ... كانت كالغازٍ من الابهام
فكانه السحر الحلال وسبكه ... يهدي الى الافهام كاس مدامِ
وكأنَّ جود الدهر وهو مبخلٌ ... بمثاله ضربٌ من الاحلامِ
جمع النصوص وصاغها كالدرفي ... سلك السهولة بانسجام كلامِ
وعزا الى النقل الصحيح وجاء بالنص الصريح منوّر الاوهامِ
فغدا لافكار المطالع راحةً ... وغدت عبارته كالطف جامِ
وغدا مؤلفه جديراً بالثنا ... فلقد اراه موحد الاقلامِ
ذاك السليم من المثالب في الورى ... فعلى فضائله اجلُّ سلامِ
فلقد سمعت وما رأيت بماجدٍ ... اخلاقه كالزهر في الاكمامِ
شهم غدا بين الاماثل مفرداً ... جمعت لديه فضائل الاعلامِ

ومصنفات علومه دلت على فهمٍ غزيرٍ واطلاعٍ سامِ
يختار اقوال الصواب كانما تملي عليه ملائك الالهامِ
امسى لاشتات الفضائل جامعاً وغدا لاوج المجد بدر تمامِ

وقال العلامة الفاضل والجهبذ الكامل الشيخ
عبد الغني افندي البارودي

حمداً لمن جعل فصل الاحكام بين الخاص والعام على منهج شرعه القويم الهادي الى الصراط المستقيم والصلوة والسلام على سيد انبيائه وخيرة خلقه وصفوة اصفيائه المنزل عليه هذا الشرع الطاهر والنور الباهي الباهر وعلى آله الائمة الكرام واصحابه العلماء الاعلام ما اقتفت آثارهم السادة الاجلة وفصلت الدعاوى طبق احكام المجلة وبعد فاني سرحت طرف الطرْف في هذه الرياض الزاهرة وتأملت في محاسن صفحات هذه الوجوه السافرة وهي شرح مسائل المجلة العدلية البالغة في الحسن منتهى الامنية فرأيته صحيح النقول حرياً بالقبول واضح الحكم في محله مع مثله عازي الفرع الى مأخذه واصله يغني بانوار مسائله المحتاج عن السراج الوهاج جمع جملة من المسائل المنثورة الشاردة وعم بخصوصه صلة موصول الفائدة فلله در جامع هذا الشرح من همام نظم عقود درره في اسلاك الانسجام ولقد شرح الصدور بما تضمنته هذه السطور واتى بما دلَّ على طبع سليم حين طار للعلياء بجناح بازٍ قويم

ان هذا الكتاب شرح كريمٌ في حلاهُ ابانَ عنهُ سليمُ
بدرُ تمٍ من أُفق لبنان وافى بسناء طولُ الزمان يدومُ
ماجد ينتمي لنسبة بازٍ قد رواها باللطف عنه النسيمُ
فاضل قد اتى باحسن شرحٍ نفعه للانامِ نفع عميم
روض علم تجنى المسائل منه يانعاتٍ قد طاب منها الشميمُ
بهجة النفس فاتخذه نديماً واعتمد نقله فنعم النديمُ
مفردٌ جامع صحيح نقولٍ ليس في ضمنها ضعيف سقيمُ
من فتاوى افتى بها كل حبرٍ هو في فقهه امامٌ عليمُ
فجزاهُ مولاه حسن جزاءٍ وحباهُ من فضله ما يرومُ

وقال الالمعي الاديب واللوذعي الاريب

الشيخ محمد افندي عبده المصري

الحمد لله تعالى ، وبعد فقد وصلت الي جملة من شرح المجلة لجناب سليم افندي باز وتصفحت ما فيها فوجدت وضعاً مكيناً وعبارة سهلة المتناول واطلاعاً وافياً تذكر الاحكام مستندة الى ما اثبته العلماء من ائمة الفقه يعزي القول فيه لقائله وينسب كل رأي لمقرره يقيد ما اطلق ويوضح ما ابهم ويفتح للافهام سبيلاً فيما اغلق ومثله جديران يعطى حقه من العناية حقيق ان يشكر لمؤلفه نبالة الغاية فقد ابدع فيما صنع وتحرى المعروف فيما جمع . اجزل الله له عوائد عمله ويسره لموافاه امله

قال جناب الوجيه الفقيه رفعتلو الشيخ نوفل قانصوه الخازن

وقفت على بيانٍ في كتابٍ حوى شرحاً على متن المجله
تولاه بتحريرٍ بليغٍ سليم الذوق في نقد الادله
فاحسن ما رأينا لابن باز فواصلَ قد كساها خير حله
تداولها الايمة باطلاعٍ عليها انهم قوم اجله
فحلوها بدرٍ من ثناء فخلناه عقوداً بل اكله
وشاع حديثها في الناس حتى ترقبها الملا مثل الاهله
جزى ربي سليماً خير اجرٍ على تأليفه شرح المجله

وقال صديقنا صديق المرحوم والدنا الاستاذ نجيب خلف المحامي [جامع الفهرس الهجائي لهذا الشرح]

شرح المجلة في الآفاق شهرته سيارة وبه للنطس إعجازُ
وفيه للطالب الفتوى مطالبه فيها كما يقتضي بسط وايجازُ
قضى به الباز عمراً صالحاً ومضى الى العلى حيث يقضى حقه البازُ

فهرس الكتاب

صفحة

الكتاب الاول : في البيوع

صفحة

صفحة

الكتاب الثاني : في الاجارة

صفحة

الكتاب الثالث : في الكفالة

الكتاب الرابع : في الحوالة

الكتاب الخامس : في الرهن

صفحة

الكتاب السادس : في الامانات

الكتاب السابع : في الهبة

صفحة

الكتاب الثامن : في الغصب والاتلاف

الكتاب السابع: في الحجر · والاكراه · والشفعة

صفحة

الكتاب العاشر : في انواع الشركات

صفحة

الكتاب الحادي عشر : في الوكالة

الكتاب الثاني عشر :في الصلح والابراء

الكتاب الثالث عشر : في الاقرار

الكتاب الرابع عشر : في الدعوى

الكتاب الخامس عشر : في البينات والتحليف

الكتاب السادس عشر : في القضاء

فهرس هجائي

اشارته ٤٩ شهادته ١٠٠٤ قضاؤه ١١٦٤ يمينه ١١٠٧

ادارة الرسوم شهادة احدموظفيها لها ١٠٣٢

اذن انكاره ١٠٣٩ بالتجارة تصح اضافته الى المستقبل ٥٦ تعليقه ٥٤٥ توكيل به ٧٧١ دلالة وصراحة ٤٢٨ الصغير احكامه ٥٤١ الخ فك الحجر ٥٣٤ بالقبض ١٤٢ القول لمنكره ١١٥١ لا يفسد بالشرط الفاسد ٥٦ ما يكون اذناً من القاضي ٤٧

ارث ظ . ميراث : اسقاطه ٩٥٨ و٩٦٥ امسك زوجته مسيئاً عشرتها لاجل ارثها ورثها ٦٣ الاقرار له بسهام زائدة ٥٣ بينته ١٠١٥ و١١٠٨ — ١١٢١ و١١٢٤ و١١٣٢ و١١٣٩ و١١٥١ حرمانه ٦٢ و٦٣ و٥٢٨ و٩٤٣ الحمل الخ ٣٩ دعواه ٥٣ و٩١ و٩٦٥ و٩٩٩ دعواه بعدالمساومة ٩٦٢ دعواه بعد الوقف ٩٦٧ دفع دعواه ٩٢٩ و٩٣٣ و٩٥٩ و٩٦٠ الرجوع عن الشهادة به ١٠٨١ الزوجة الصابئة ٢١ الشهادة به : ١٠٠٦ و١٠١٦ — ١٠١٩ و١٠٤٦ و١٠٤٨ و١٠٥١ في الشفعة ٥٨٧ ناقل للملك ٦٧٩

ارض اجارتها على ان تكون كذا ذراعاً ٥٠٣ و ٥٠٤ و ٢٧٧ اجارتها مشجرة ٢٨٥ احراقها تسبباً ٥١٦ الاحتشاش منها ١٠٢ استئجارها ووجود الزرع وعدمه ٢٨٥ و ٢٨٦ اشترى ارضاً بشربها ١٢٠ اعارتها ٤٦٠ و ٤٦١ بيعها مع شرب اخرى ١٠٤ التوكيل بشرائها ٧٩١ سد الماء عنها ٥١٣ سقاها سقياً لا تحتمله ٥١٠ غصبها ٥٠٠ إلخ كيف تسلم ١٣٨ و ١٣٩ ما ما يدخل في بيعها ضمناً ١١٦ لمالكها ما فوقها وما تحتها ٩٥٥ مبادلة ارض مشجرة بارض اميرية ١٠١ متروكة ٦٨٨ نقصانها ٤٨٧

ارض اميرية بيعها وهل تباع وفاء ٦٧ و ١٠١ عدم الشفعة فيها ٥٦٨ والمبادلة بارض مشجرة ١٠١

الاستاذ استئجاره ٣٠٥ شهادته لتلميذه ١٠٣١ و ١٠٣٢

استثناء في البيع ١٠٦

استحقاق احكامه ٢٢٧ و ٩٢٧ و ١١٩٣ استحق ما باعه القاضي والوصي او الوكيل ٢٣٢ و ٥٥٤ بحث فيه ٢٢٧ بعدالاخذ بالشفعة ٢٣١ و ٢٣٢ و٥٦٣ بعد البناء ٢٣٠ و ٢٣١ و ٣٦٣

و٥٦٢ سلم احدهما شفعته ٥٨٩و٥٩٠ شهادته وشهادة ابنه ١٠٥ الخ صلحه ٤١ و٥٧٣ و٨٣٤ و٨٤٣ طلبه البعض ٤٤ الخ ٥٨٧ الخ غياب احدهما ٥٩٠ ملكه المشفوع ٥٨٥ موته ٥٨٦ هبة حصته ٥٩٩ هل ينقض القسمة ٥٩١

الشك ٢٠

شهادة ابناء الوكيل على عقد الوكيل ١٠٢٨ ابني القاضي ١٠٢٧ اثنين لآخرين بمال على زيد وشهادة الآخرين لهما او بعين من التركة او بانه اوصى الخ ١٠٣٣ اخلاف الشاهدين ١٠٥٣ — ١٠٥٩ اختلافهما في الجنس وسبب الملك ١٠٥٩ ادعى باقل ووردت باكثر ١٠٤٧ ادعى بالملك المطلق فشهدوا بالمقيد وعكسه ١٠٤٩ اركاب الشاهد واطعامه واجره ١٠٢٧ الاشارة الى حدود السند ١٠١٥ والاشارة الى المشهود له وعليه وبه ان حاضراً وذكر الاب والجد ١٠١١ واشارة الاخرس او معتقل اللسان ٤٩ اصحاب الصناعات الدنيئة ١٠٤١ الاعمى ردت للعمى ثم ابصر ٣١ ان اباها وكل رجلاً بقبض ديونه ١٠٢٩ ان لهما ولفلان على هذا الف الخ ١٠٣٣ الانسان عَلَى نفسه لا تقبل ١٠٣٧ ان

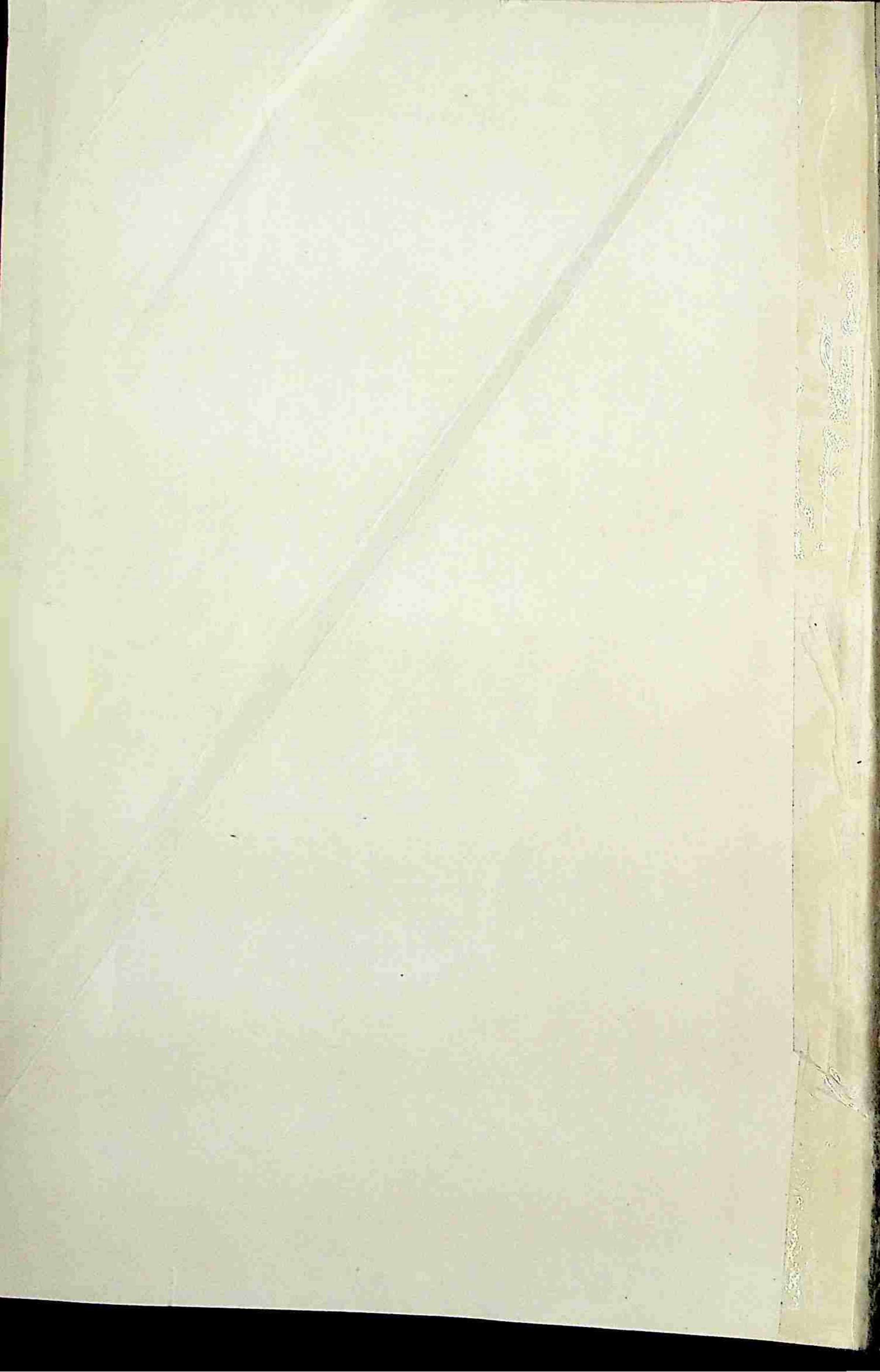
باع داره من هذا على انهما كفيلان بالثمن الخ ١٠٣٨ البائع ١٠٣٨ باقل من الدعوى ١٠٤٥ و١٠٤٦ باكثر من الدعوى ١٠٤٧ الخ و١٠٥٢ بدار ١٠٣٤ بالدين على ميت ٢٠ بدين للمورث ٦ ١٠ بالعموم من قبيل المعلوم ٨٨٤ الخ بلفظ اشهد ١٠٠٩ الخ تعريفها ١٠٠٢ الجهالة فيها ١٠٢٥ الحاكم ١٠٣٨ حقها ان تكون امام مجلس الحاكم ١٠٠٣ ذابح نعجة انها لزيد ١٠٢٧ الربيب والاخ الخ ١٠٣١ رجلين في ايديهما رهن ١٠٢٦ رد بعضها رد كلها ١٠٣١ ردها بالعداوة الدنيوية لا الدينية ١٠٣٥ ردها للتهمة ١٠٣١ ردها للعصبية ١٠٣٥ لعلة ثم زالت فاعادها ٤٠ من ترد شهادته ١٠٣٩ — ١٠٤١ ردت لعلة ثم اعيدت ٤٠ و١٠٠٥ و١٠٣٣ الزوجين ١٠٣١ الزوج لامرأته بعد الطلاق ١٠٣٣ شروطها ونصابها ١٠٠٣ شرط ان لا يكون فيها دفع مغرم ولا جر مغنم ١٠٢٣ و١٠٢٦ شرط سبق الدعوى في حقوق الناس ١٠٢٠ الشريك ٣٣ ١ الشفيع اذا ترك الشفعة ١٠٣٦ شفيع لشفيع ١٠٢٥ الصبي ردت للصغر ثم بلغ فاعادها ٣١ الصديق ١٠٣٤ عدل ففسق ١٠٣٣ على السماع

شهود ظ شاهد ظ شهادة

اصلاح الغلط

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٤٢	٢١	٨٦٠	٨٦٢
٩٩	٣	ولم	وله
٢٣٥	٦	الخلوُّ	الخلوُ
٢٣٧	٢٢	شخص	شخص واحد
٢٨٧	٥	الثالث	لثالث
٣٦٧	٧و٩	فما	فكما
٣٧٨	٧	بلا	بل
٤٠٨	٢٥	ما ماله	ماله ما
٤٠٨	١٨	له وكانت	لو كانت
٥٤٠	٥	وافكار	وانكار
٥٤٤	٢٤٠	بالمال هندية باطل	بالمال باطل (هندية)
٦٩٠	٤	من الماضي	من الاراضي
٩٢١	١٢	تصح فالدعوى	تصح الدعوى
١٠٠٣	٢٦	والاسه	وافلاسه
١٠٧٩	٢١	ولا اجازه حق	ولا اجازه حتى
١١٠٥	١٨	من صورة الرجل	من ذلك الرجل
١٢٥٨	١٩	تضمها الكفالة	تضمنها الوكالة

وقد وقع بعض اغلاط اخرى يسيرة لا تخفى عَلَى اللبيب




BZU/LIB Institute of Law
94096